



Visítanos en ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

1

1
VOLUMEN

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

COORDINADORES: ALEJANDRO CLAROS GRANADOS Y GONZALO CASTAÑEDA QUIROZ

NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL

COMENTADO

OSCAR LUIS ARROYO
 ANDRÉS OÑE GUARDA
 GABRIEL TORRES PUZO
 MANUEL BERNARDOZ TAPIA
 NELLY ROSA VICTOR MULLONES PROMADERA
 ESTERNA DOLORETH INAYATE CASTILLO
 CECILIA MULLONES LEÓN VELÁSQUEZ
 LUIS MIGUEL REYNA ALVARO
 PEDRO MIGUEL ANGLADE ARANA
 WILLIAM E. ARANA MORALES
 OSCAR RUBIO AZARACHE
 VÍCTOR CUBAS VILLARDEHA
 LAURENCE CHANGA HERRERA
 JOSÉ DAVID BURGOS ALVARO
 VÍCTOR ROBERTO PÉREZ SALDARRIAGA
 OSWALDO ROSARIO SÁNCHEZ
 CARLOS MACHUCA FUENTES
 FERNANDO BERNAL CASTAÑEDA
 JUAN ROBERTO DAVILA BARBOSA
 VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO
 PABLO GARCÍA CÁDIZ
 RENEALDO VÁSQUEZ TANTALÁN OCHOA
 RAÚL FERNANDO UGAZ ZEGARRA
 HAMILTON CASTRO TRIGOSO
 AUGUSTO MEDINA OCHOA
 PABLO VELÁSQUEZ DELGADO
 LUIS SÁNCHEZ FIGUEROA
 JOSÉ ANTONIO REYNA FLORES
 MANUEL FERNANDO ARABICO

JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ
 JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA
 JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CORDOVA
 JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA
 MARCO BARRETO GUZMÁN
 ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ
 EDUARDO ALCÓCER POVIS
 WILLIAM TIMANÁ GIRIO
 MARLID VÁSQUEZ VÁSQUEZ
 ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
 JORGE ROSAS VATACO
 FANNY SOLEDAD QUISPE FARRÁN
 HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO
 OSWALDO DUEÑAS CANCHES
 JUAN R. HURTADO POMA
 PABLO SÁNCHEZ VELARDE
 JAVIER YISRAEL MOMETHIANO SANTIAGO
 LUIS LAMAS PUCCIO
 RUBÉN J. MEDINA TAPIA
 CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA
 HESBERT BENAVENTE CHORRES
 GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA
 FREDY VALENZUELA YUIZARBE
 PABLO TALAVERA ELGUERA
 ROSA MARILIA LEÓN
 FIDEL S. ROSAS VARGAS
 RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
 CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU
 ALBERTO HUAPAYA OLIVARES



LEGALES
EDICIONES



LEGALES
INSTITUTO



LEGALES
EDICIONES



NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

VOLUMEN 1

COORDINADORES: ALEXÁNDER CLAROS GRANADOS Y GONZALO CASTAÑEDA QUIROZ

CÉSAR LANDA ARROYO
ARSENIO ORÉ GUARDIA
GIAMPOL TABOADA PILCO
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA
NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA
ESTENIA DOLIVETH INFANTE CASTILLO
CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO
PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA
WILLIAM E. ARANA MORALES
CÉSAR RUBIO AZABACHE
VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA
LAURENCE CHUNGA HIDALGO
JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO
VÍCTOR ROBERTO PRADO SILDARRIAGA
OMAR LEVI ROSILLO SÁNCHEZ
CARLOS MACHUCA FUENTES
FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA
JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA
VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO
PERCY GARCÍA CAVERO
REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA
HAMILTON CASTRO TRIGOSO
AUGUSTO MEDINA OTAZU
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
LUZ SÁNCHEZ FIGUEROA
JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES
MANUEL FRISANCHO APARICIO

JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ
JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA
JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA
MARCO BARRETO GUZMÁN
ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ
EDUARDO ALCÓCER POVIS
WILLIAM TIMANÁ GIRIO
MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
JORGE ROSAS YATACO
FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN
HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO
OMAR DUEÑAS CANCHES
JUAN R. HURTADO POMA
PABLO SÁNCHEZ VELARDE
JAVIER YSRAEL MOMETHIANO SANTIAGO
LUIS LAMAS PUCCIO
RURIK J. MEDINA TAPIA
CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA
HESBERT BENAVENTE CHORRES
GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA
FREDY VALENZUELA YLIZARBE
PABLO TALAVERA ELGUERA
ROSA MAVILA LEÓN
FIDEL S. ROJAS VARGAS
RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU
ALBERTO HUAPAYA OLIVARES



LEGALES
INSTITUTO



LEGALES
EDICIONES

**NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
COMENTADO
VOLUMEN 1**

© INSTITUTO LEGALES

© EDITORA Y DISTRIBUIDORA EDICIONES LEGALES E.I.R.L.

Jr. Azángaro 1075, of. 604, Lima-Perú
Teléfonos: (511) 427-2076 / 426-2406
RUC: 20523085345
web: www.legales.pe
e-mail: ventas@legales.pe

Primera edición: 2014
Tiraje: 1000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-01620
Registro ISBN: 978-612-4115-54-7
La presente publicación consta de 2 volúmenes

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de
este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún
procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo foto-
copia, sin previa autorización escrita del autor y el editor.

Diseño de portada: Edwing N. Gonzales Alvarado
Diagramación de interiores: Delia Morales Fernández

Impresión y encuadernación:
XP Acabados Gráficos S.A.C.
Jr. Juan Chavez Tueros 1334 Chacra Rios Sur,
Cercado de Lima.
RUC: 20515866460

Impreso en Perú / *Printed in Peru*

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN.....	1
-------------------	---

COMENTARIOS DESDE UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO CÉSAR LANDA ARROYO	9
---	---

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL ARSENIO ORÉ GUARDIA	27
---	----

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (DECRETO LEGISLATIVO N° 957)

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo I. Justicia Penal (incs. 1 y 2).....	67
---	----

EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO EN EL PROCESO PENAL “El contradictorio es el mejor método de búsqueda de la verdad” GIAMMPOL TABOADA PILCO	67
---	----

Artículo I. Justicia Penal (incs. 3 a 5)	71
--	----

ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL ERROR JUDICIAL MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	71
--	----

Artículos II a VI	79
-------------------------	----

LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA	80
---	----



ÍNDICE

Artículo VII	93
¿ES POSIBLE APLICAR RETROACTIVAMENTE LA LEY PROCESAL PENAL O DE EJECUCIÓN PENAL DESFAVORABLE?	
ESTENIA DOLIVETH INFANTE CASTILLO	93
Artículos VIII y IX	98
LA INVIOLABILIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO	
CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ	98
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL PROCESO PENAL	
Una aproximación desde el derecho de defensa	
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO	112
Artículo X	120

DISPOSICIONES GENERALES E INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

LIBRO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN I: LA ACCIÓN PENAL	123
Artículos 1 y 2	123
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	
PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA	126
Artículos 3 a 6	137
DE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN A LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO	
WILLIAM E. ARANA MORALES	138
Artículos 7 a 10	154
SECCIÓN II: LA ACCIÓN CIVIL	155
Artículos 11 a 15	155
SECCIÓN III: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.....	157

ÍNDICE

TÍTULO I: LA JURISDICCIÓN	157
Artículos 16 a 18	157
TÍTULO II: LA COMPETENCIA	158
Artículos 19 a 20	158
CAPÍTULO I: La competencia por el territorio	158
Artículos 21 a 25	158
CAPÍTULO II: La competencia objetiva y funcional	159
Artículos 26 a 29	159
¿DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE? IDEAS PARA UNA REDEFINICIÓN DEL PODER DE CONTROL DEL JUEZ DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA CÉSAR RUBIO AZABACHE	162
Artículo 30	182
CAPÍTULO III: La competencia por conexión	182
Artículos 31 y 32	182
TÍTULO III: CONCURSO PROCESAL DE DELITOS	182
Artículo 33	182
TÍTULO IV: CUESTIONES DE COMPETENCIA	183
CAPÍTULO I: La declinatoria de competencia	183
Artículos 34 a 38	183
CAPÍTULO II: La transferencia de competencia	183
Artículos 39 a 41	183
CAPÍTULO III: La contienda de competencia	184
Artículos 42 a 45	184
CAPÍTULO IV: La acumulación	185
Artículos 46 a 52	185
CAPÍTULO V: La inhibición y recusación	186
Artículos 53 a 59	186
SECCIÓN IV: EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES	189
LAS PARTES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	189
TÍTULO I: EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL	206
CAPÍTULO I: El Ministerio Público	206
Artículos 60 a 66	206
CAPÍTULO II: La Policía	208
Artículos 67 a 70	208



INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO	
VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA	210
TÍTULO II: EL IMPUTADO Y EL ABOGADO DEFENSOR	221
CAPÍTULO I: El imputado	221
Artículo 71	221
PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN MÍNIMA Y CONTROL DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	
CÉSAR RUBIO AZABACHE	222
Artículos 72 a 79	232
LA CONTUMACIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
LAURENCE CHUNGA HIDALGO	234
CAPÍTULO II: El abogado defensor	248
Artículos 80 a 85.....	248
CAPÍTULO III: La declaración del imputado	250
Artículos 86 a 89	250
EL DERECHO DE DEFENSA	
JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO	252
TÍTULO III: LAS PERSONAS JURÍDICAS	274
Artículos 90 a 93	274
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA	275
TÍTULO IV: LA VÍCTIMA	291
CAPÍTULO I: El agraviado	291
Artículos 94 a 97	291
LA VÍCTIMA Y EL TESTIGO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
OMAR LEVI ROSILLO SÁNCHEZ	292
EL AGRAVIADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO	
CARLOS MACHUCA FUENTES	309
CAPÍTULO II: El actor civil	327
Artículos 98 a 106	327



LA PRETENSIÓN RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA	328
LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA REPARACIÓN CIVIL JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA	353
CAPÍTULO III: El querellante particular	379
Artículos 107 a 110	379
TÍTULO V: EL TERCERO CIVIL.....	380
Artículos 111 a 113	380

LIBRO SEGUNDO
LA ACTIVIDAD PROCESAL

SECCIÓN I: PRECEPTOS GENERALES	381
TÍTULO I: LAS ACTUACIONES PROCESALES	381
CAPÍTULO I: Las formalidades	381
Artículos 114 a 119-A	381
CAPÍTULO II: Las actas	382
Artículos 120 y 121	382
CAPÍTULO III: Las disposiciones y las resoluciones	383
Artículos 122 a 126	383
CAPÍTULO IV: Las notificaciones y citaciones	385
Artículos 127 a 131	385
CAPÍTULO V: Comunicación entre autoridades	387
Artículos 132 y 133	387
CAPÍTULO VI: La formación del Expediente Fiscal y Judicial	388
Artículos 134 a 141	388
FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL Y CUADERNOS EN EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO	391
TÍTULO II: LOS PLAZOS	404
Artículos 142 a 148	404
TÍTULO III: LA NULIDAD	405
Artículos 149 a 154	405
LA NULIDAD PROCESAL DE LAS DISPOSICIONES FISCALES EN EL PROCESO PENAL PERCY GARCÍA CAVERO	407
LA NULIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR	426



ÍNDICE

SECCIÓN II: LA PRUEBA	443
TÍTULO I: PRECEPTOS GENERALES	443
Artículos 155 y 156	443
PRECEPTOS GENERALES DE LA PRUEBA	
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	444
Artículo 157	468
LOS MEDIOS DE PRUEBA	
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	468
Artículos 158 y 159.....	487
APUNTES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
¿Es absoluta la regla de exclusión en el nuevo modelo procesal peruano?	
HAMILTON CASTRO TRIGOSO	487
TÍTULO II: LOS MEDIOS DE PRUEBA	498
CAPÍTULO I: La confesión	498
Artículos 160 y 161	498
LA CONFESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
GIAMPOL TABOADA PILCO	499
CAPÍTULO II: El testimonio	543
Artículos 162 a 166	543
EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS TESTIGOS	
AUGUSTO MEDINA OTAZU	545
EL TESTIGO Y SU DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN	
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO	562
Artículo 167 a 171	573
LA VIDEOCONFERENCIA COMO MEDIO TÉCNICO EN EL PROCESO PENAL	
LUZ SÁNCHEZ FIGUEROA	575
CAPÍTULO III: La pericia	587
Artículos 172 a 181	587
LA PRUEBA PENAL. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL PENAL	
JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES	590



LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	
MANUEL FRISANCHO APARICIO	619
CAPÍTULO IV: El careo.....	637
Artículos 182 y 183	637
CAPÍTULO V: La prueba documental	637
Artículos 184 a 188	637
PRUEBA DOCUMENTAL Y RECONOCIMIENTO	
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	639
CAPÍTULO VI: Los otros medios de prueba	642
SUBCAPÍTULO I: El reconocimiento	642
Artículos 189 a 191	642
EL SURGIMIENTO DEL STATUS DE IMPUTADO	
A propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica	
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO	643
MALAS PRÁCTICAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
El acta de entrevista única y el reconocimiento fotográfico de personas	
JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ	670
SUBCAPÍTULO II: La inspección judicial y la reconstrucción	692
Artículos 192 a 194	692
SUBCAPÍTULO III: Las pruebas especiales	692
Artículos 195 a 201	692
TÍTULO III: LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS ...	695
CAPÍTULO I: Preceptos generales	695
Artículos 202 a 204	695
BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS	
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	696
CAPÍTULO II: El control de identidad y la videovigilancia	720
SUBCAPÍTULO I: El control de identidad policial	720
Artículos 205 y 206	720
CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL	
JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA	722
SUBCAPÍTULO II: La videovigilancia	725
Artículo 207	725



ÍNDICE

CAPÍTULO III: Las pesquisas	726
Artículos 208 a 210	726
CAPÍTULO IV: La intervención corporal	728
Artículos 211 a 213	728
CAPÍTULO V: El allanamiento.....	730
Artículos 214 a 217	730
ALLANAMIENTO DE LOCALES DE USO PÚBLICO O ABIERTO AL PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO	731
CAPÍTULO VI: La exhibición forzosa y la incautación	745
SUBCAPÍTULO I: La exhibición e incautación de bienes	745
Artículos 218 a 223	745
SUBCAPÍTULO II: La exhibición e incautación de actuaciones y docu- mentos no privados	748
Artículos 224 y 225	748
CAPÍTULO VII: El control de comunicaciones y documentos privados ...	749
SUBCAPÍTULO I: La interceptación e incautación postal	749
Artículos 226 a 229	749
INCAUTACIÓN Y EXHIBICIÓN	
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA	751
SUBCAPÍTULO II: La intervención de comunicaciones y telecomunica- ciones	801
Artículos 230 y 231	801
VALIDEZ PROBATORIA DE LA GRABACIÓN DE UNA CONVERSACIÓN PRIVADA REALIZADA POR UNO DE LOS INTERLOCUTORES MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”	
JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA	805
SUBCAPÍTULO III: El aseguramiento e incautación de documentos pri- vados	834
Artículos 232 a 234	834
CAPÍTULO VIII: El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria	835
Artículos 235 y 236	835
CAPÍTULO IX: La clausura o vigilancia de locales e inmovilización	836
Artículos 237 a 241	836
TÍTULO IV: LA PRUEBA ANTICIPADA	837
Artículos 242 a 246	837



LA PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	839
LA PRUEBA ANTICIPADA PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA	857
TÍTULO V: LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN	872
Artículos 247 a 252	872
MEDIDAS DE PROTECCIÓN ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	874
SECCIÓN III: LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL	879
TÍTULO I: PRECEPTOS GENERALES	879
Artículos 253 a 258	879
JUSTIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS Aproximación a nuestra actual y futura legislación MARCO BARRETO GUZMÁN	881
APUNTES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA	896
TÍTULO II: LA DETENCIÓN	906
Artículos 259 y 260	906
MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARRESTO CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON LA DETENCIÓN POLICIAL ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ	907
Artículo 261	921
LA DETENCIÓN EN CASO FLAGRANTE DELITO Y EL DERECHO PENAL EDUARDO ALCÓCER POVIS	921
CADUCIDAD DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR Y OPORTUNIDAD PARA REQUERIR LA PRISIÓN PREVENTIVA WILLIAM TIMANÁ GIRIO	936
Artículos 262 a 267	948
¿CÓMO ENFRENTAR EL MANDATO DE DETENCIÓN? Apelación del mandato de detención, recurso de queja y variación de la medida MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ	950

ÍNDICE

TÍTULO III: LA PRISIÓN PREVENTIVA	966
CAPÍTULO I: Los presupuestos de la prisión preventiva	966
Artículos 268 a 271	966
CAPÍTULO II: La duración de la prisión preventiva	968
Artículos 272 a 277	968
CAPÍTULO III: La impugnación de la prisión preventiva	969
Artículo 278	969
CAPÍTULO IV: La revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva	970
Artículo 279	970
CAPÍTULO V: La incomunicación	970
Artículos 280 a 282	970
CAPÍTULO VI: La cesación de la prisión preventiva	971
Artículos 283 a 285	971
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PRIMERA SENTENCIA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA	
ARSENIO ORÉ GUARDIA	972
LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE	986
TÍTULO IV: LA COMPARECENCIA	1010
Artículos 286 a 292	1010
TÍTULO V: LA INTERNACIÓN PREVENTIVA	1013
Artículos 293 a 294	1013
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL PERSONAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO	1014
TÍTULO VI: EL IMPEDIMENTO DE SALIDA	1056
Artículos 295 y 296	1056
TÍTULO VII: LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS	1056
Artículos 297 a 301	1056
TÍTULO VIII: EL EMBARGO	1058
Artículos 302 a 309	1058
REPARACIÓN CIVIL Y MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO EN EL PROCESO PENAL	
Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004	
MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ	1061



ÍNDICE

TÍTULO IX: OTRAS MEDIDAS REALES	1071
Artículos 310 a 315	1071
TÍTULO X: LA INCAUTACIÓN	1073
Artículos 316 a 320	1073

INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

LIBRO TERCERO EL PROCESO COMÚN

SECCIÓN I: LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	1079
TÍTULO I: NORMAS GENERALES.....	1079
Artículo 321	1079
BREVES ANOTACIONES A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
JORGE ROSAS YATACO	1080
Artículos 322 a 325	1110
LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE	1111
TÍTULO II: LA DENUNCIA Y LOS ACTOS INICIALES DE LA INVESTIGACIÓN	1136
CAPÍTULO I: La denuncia	1136
Artículos 326 a 328	1136
CAPÍTULO II: Actos iniciales de la investigación	1136
Artículos 329 a 333	1136
TÍTULO III: LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA	1138
Artículos 334 a 339	1138
DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL ACTUAL A LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL NUEVO MODELO	
FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN	1141
TÍTULO IV: LOS ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN	1153
Artículo 340	1153
EL PROCEDIMIENTO DE ENTREGA VIGILADA	
Orígenes y desarrollos	
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA	1154

Artículos 341 y 341-A	1174
TÍTULO V: CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	1176
Artículos 342 y 343	1176

ETAPA INTERMEDIA

SECCIÓN II: LA ETAPA INTERMEDIA	1181
TÍTULO I: EL SOBRESEIMIENTO	1181
Artículos 344 a 348	1181

LA ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL PERUANO: SU IMPORTANCIA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 Y SU NOVEDOSA INCIDENCIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES (CDEPP)

HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO	1184
------------------------------	------

IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LA ETAPA INTERMEDIA EN EL PROCESO PENAL

OMAR DUEÑAS CANCHES.....	1205
--------------------------	------

TÍTULO II: LA ACUSACIÓN	1219
Artículo 349	1219

**JURISPRUDENCIA SOBRE CONTROL DE ACUSACIÓN
ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116**

Artículos 350 a 352	1228
---------------------------	------

¿QUÉ SE DISCUTE EN LA AUDIENCIA DE CONTROL DE ACUSACIÓN?

JUAN R. HURTADO POMA	1230
----------------------------	------

TÍTULO III: EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO	1263
Artículos 353 y 354.....	1263

JURISPRUDENCIA SOBRE EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

EXPEDIENTE N° 00746-2009-25-1601-SP-PE-02	1264
---	------

TÍTULO IV: EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO	1266
Artículo 355	1266

JURISPRUDENCIA SOBRE EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

EXPEDIENTE N° 6604-2008-42-1601-JR-PE-03	1266
--	------



ETAPA DE JUZGAMIENTO

SECCIÓN III: EL JUZGAMIENTO	1271
TÍTULO I: PRECEPTOS GENERALES	1271
Artículo 356	1271
LA FASE DE JUZGAMIENTO	
PABLO SÁNCHEZ VELARDE	1271
EL JUZGAMIENTO EN EL NUEVO PROCESO PENAL	
JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES	1288
RELEVANCIA DE LA TEORÍA DEL CASO EN EL JUZGAMIENTO PENAL	
JAVIER YSRAEL MOMETHIANO SANTIAGO	1291
Artículos 357 y 358	1342
LA PUBLICIDAD DEL JUICIO ORAL Y SUS RESTRICCIONES	
PEDRO ANGULO ARANA	1343
Artículo 359	1364
LA INCOMPARECENCIA DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL	
LUIS LAMAS PUCCIO	1365
Artículos 360 a 366	1372
TÍTULO II: LA PREPARACIÓN DEL DEBATE	1375
Artículos 367 a 370	1375
TÍTULO III: EL DESARROLLO DEL JUICIO	1376
Artículos 371 y 372	1376
LA PRUEBA EN LA SENTENCIA DE CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO	
¿Puede el Tribunal efectuar una valoración de las pruebas al expedir la sentencia una vez que el encausado acepta los cargos?	
RURIK J. MEDINA TAPIA	1378
Artículos 373 y 374	1391
EL ROL DEL FISCAL EN EL NUEVO DISEÑO PROCESAL PENAL	
Y LA CONSTRUCCIÓN DE SU TEORÍA DEL CASO	
CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA	1392
TÍTULO IV: LA ACTUACIÓN PROBATORIA	1399
Artículos 375 a 381	1399

EL EXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL	
HESBERT BENAVENTE CHORRES	1402
Artículos 382 a 385	1427
LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
PEDRO ANGULO ARANA	1429
TÍTULO V: LOS ALEGATOS FINALES	1447
Artículos 386 a 391	1447
TÍTULO VI: LA DELIBERACIÓN Y LA SENTENCIA	1449
Artículos 392 a 403.....	1449

IMPUGNACIÓN

**LIBRO CUARTO
LA IMPUGNACIÓN**

SECCIÓN I: PRECEPTOS GENERALES	1457
Artículos 404 a 412	1457
SECCIÓN II: LOS RECURSOS	1459
Artículos 413 y 414	1459
SECCIÓN III: EL RECURSO DE REPOSICIÓN	1460
Artículo 415	1460
SECCIÓN IV: EL RECURSO DE APELACIÓN	1460
TÍTULO I: PRECEPTOS GENERALES	1460
Artículos 416 a 419	1460
EL RECURSO DE APELACIÓN: PROBLEMAS DE APLICACIÓN DERIVADOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL	
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA	1462
TÍTULO II: LA APELACIÓN DE AUTOS	1505
Artículo 420	1505
TÍTULO III: LA APELACIÓN DE SENTENCIAS	1505
Artículos 421 y 422	1505
LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERSONAL	
GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA Y FREDY VALENZUELA YLIZARBE ...	1507
Artículos 423 a 425	1525

ÍNDICE

LA PRUEBA PRECONSTITUIDA	
PEDRO ANGULO ARANA	1527
Artículo 426	1541
SECCIÓN V: EL RECURSO DE CASACIÓN	1541
Artículos 427 a 436	1541
SECCIÓN VI: EL RECURSO DE QUEJA	1546
Artículos 437 y 438	1546
SECCIÓN VII: LA ACCIÓN DE REVISIÓN	1546
Artículos 439 a 445.....	1546

PROCESOS ESPECIALES

LIBRO QUINTO LOS PROCESOS ESPECIALES

SECCIÓN I: EL PROCESO INMEDIATO	1553
Artículo 446	1553
BREVES APUNTES SOBRE LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (NCPP)	
PABLO TALAVERA ELGUERA	1553
LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL	
ROSA MAVILA LEÓN	1570
Artículos 447 y 448.....	1598
SECCIÓN II: EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA	1598
SISTEMA ACUSATORIO, EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL EN EL PERÚ	
FIDEL S. ROJAS VARGAS	1598
TÍTULO I: EL PROCESO POR DELITOS DE FUNCIÓN ATRIBUIDOS A ALTOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	1614
Artículos 449 a 451	1614
TÍTULO II: EL PROCESO POR DELITOS COMUNES ATRIBUIDOS A CON- GRESISTAS Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS	1616
Artículos 452 y 453	1616
TÍTULO III: EL PROCESO POR DELITOS DE FUNCIÓN ATRIBUIDOS A OTROS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	1617



ÍNDICE

Artículos 454 y 455	1617
SECCIÓN III: EL PROCESO DE SEGURIDAD	1618
Artículos 456 a 458	1618
EL PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA	1620
SECCIÓN IV: PROCESO POR DELITO DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL	1648
Artículos 459 a 467	1648
EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004	
RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN	1650
SECCIÓN V: EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	1674
Artículos 468 a 471	1674
EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	
PABLO SÁNCHEZ VELARDE	1676
PLEA BARGAINING Y TERMINACIÓN ANTICIPADA Aproximación a su problemática fundamental	
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO	1685
EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO Y SU APLICACIÓN EN LA ETAPA INTERMEDIA	
ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE	1697
TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA ETAPA INTERMEDIA Especial referencia al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (del 13 de noviembre del 2009)	
CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU	1718
SECCIÓN VI: PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ	1763
Artículos 472 a 481	1763
SECCIÓN VII: EL PROCESO POR FALTAS	1771
Artículos 482 a 487	1771

LIBRO SEXTO LA EJECUCIÓN Y LAS COSTAS

SECCIÓN I: LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA	1774
Artículos 488 a 496	1774



ÍNDICE

SECCIÓN II: LAS COSTAS	1777
Artículos 497 a 507	1777

LIBRO SÉPTIMO LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

SECCIÓN I: PRECEPTOS GENERALES	1781
Artículos 508 a 512.....	1781
SECCIÓN II: LA EXTRADICIÓN	1783
TÍTULO I: CONDICIONES GENERALES	1783
Artículos 513 a 515	1783

EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD Y LAS RELACIONES DE RECIPROCIDAD EN LA EXTRADICIÓN

ALBERTO HUAPAYA OLIVARES	1784
---------------------------------------	------

TÍTULO II: LA EXTRADICIÓN PASIVA	1803
Artículos 516 a 524	1803
TÍTULO III: LA EXTRADICIÓN ACTIVA	1811
Artículos 525 a 527	1811
SECCIÓN III: LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	1813
Artículos 528 a 537	1813
SECCIÓN IV: LAS DILIGENCIAS EN EL EXTERIOR	1817
Artículos 538 y 539	1817
SECCIÓN V: EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS	1818
TÍTULO I: LAS PENAS Y LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EFEC- TIVAS	1818
Artículos 540 a 544	1818
TÍTULO II: LAS OTRAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	1822
Artículos 545 a 549	1822
SECCIÓN VI: LA ENTREGA VIGILADA.....	1824
Artículos 550 a 553.....	1824
SECCIÓN VII: COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL ...	1826
TÍTULO I: ASPECTOS GENERALES	1826
Artículos 554 a 556	1826
TÍTULO II: LA DETENCIÓN Y ENTREGA DE PERSONAS Y LA DETENCIÓN PROVISIONAL	1827
Artículos 557 a 561	1827
TÍTULO III: LOS DEMÁS ACTOS DE COOPERACIÓN	1832
Artículos 562 a 564	1832
TÍTULO IV: LA EJECUCIÓN DE LA PENA	1834
Artículos 565 y 566	1834

ÍNDICE

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
DISPOSICIONES FINALES**

PRIMERA. Vigencia del Código Procesal Penal	1835
SEGUNDA. Normas generales de aplicación	1836
TERCERA. Vigencia de requisitos de procedibilidad	1836
CUARTA. Normas Reglamentarias	1837

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS Y DEROGATORIAS

PRIMERA. Control del Ministerio Público de los bienes incautados	1837
SEGUNDA. Modificaciones de normas procesales	1837
TERCERA. Disposición Derogatoria	1839

PRESENTACIÓN

En el complejo de la política criminal, el Proceso Penal constituye la panacea, pues se piensa, que a través de su materialización, la prevención delictual adquirirá niveles óptimos, en cuanto a la real contención de la criminalidad y, ello asume mayor expectativa, con la entrada en vigencia de un cuerpo procesal, sostenido sobre criterios de «eficacia» y de «eficiencia».

Siendo así las cosas, el Perú se ve imbuido en un proceso de reforma procesal (*progresivo*), desde hace siete años, marcando un hito importante en la historia republicana del Perú, pues ello ha supuesto insertarnos en un contexto de orden internacional, donde son varias las Naciones que decidieron optar por un nuevo rumbo, en la estructura del Proceso Penal; de dejar atrás, un modelo anacrónico y vetusto (mixto), plagado de infortunios, arbitrariedades y formalismos innecesarios, para adoptar un modelo basado en la oralidad, en el consenso y la celeridad procesal. Sin embargo –como lo sostuvimos desde un inicio¹, de nada sirve un nuevo arquetipo procesal (que en realidad *advierde varias deficiencias normativas*), si es que los operadores jurídicos no están familiarizados con la lógica y operatividad de estas novedosas instituciones jurídico-procesales, esto es, la normatividad es de esencia *acusatoria*, más la mente de los operadores jurídicos sigue preservando una ideología *inquisitiva*. Y, eso lo decimos, al apreciar en algunas actuaciones judiciales, que algunos jueces se siguen aferrando a posiciones procesales que el nuevo CPP, no reconoce, desnaturalizando así la distinción de funciones que debe regir, entre jueces y fiscales. Ni el Juez es un órgano calificador de la denuncia penal, ni el Fiscal es un diligenciador de las actuaciones jurisdiccionales; (...) el principio acusatorio implica la necesaria diferencia entre el ejercicio de la acción penal y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, aunque

1 Vide, al respecto Peña Cabrera Freyre, A.R. *Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio. Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral*. 4ta. edición, RODHAS, Lima, 2012.



ambas tienen una finalidad convergente: aplicar la ley penal en forma justa y correcta².

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

De acuerdo con lo señalado, la función del Ministerio Público es requiriente; es decir, postulante y, en ningún caso, decisoria ni sancionatoria, habida cuenta que no tiene facultades coactivas ni de decisión directa para la apertura de instrucción penal; por lo tanto, su accionar, conforme al ordenamiento legal, no comporta amenaza o violación a la libertad personal ni a sus derechos conexos».

A su vez, se sabe que el nuevo modelo procesal, ha pretendido dotar al procedimiento de un máximo de «celeridad», de que las causas penales sean resueltas con toda prontitud, bajo el auspicio de los principios de ser sometido a un proceso en un plazo razonable y de un juicio sin dilaciones indebidas; empero, y –esto incumbe exclusivamente al Ministerio Público–, el examen de las evidencias se complica al carecerse de laboratorios de criminalística idóneos para tal fin, lo que obliga a muchos fiscales a desplazarla a otros distritos fiscales, con la demora que ello significa para cumplir con los plazos establecidos (DP³), algo que a veces no es comprendido por la judicatura, al

2 Cubas Villanueva, V. «La titularidad del ejercicio de la acción penal». En: *Principios Fundamentales del nuevo Proceso Penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2013, p. 54.

3 Audiencia de Control de Plazo; vide, conforme las Casaciones de la Corte Suprema; el tema se torna complicado en el caso de las investigaciones llamadas «complejas»; en algunos casos –a nuestro entender–, no puede resultar razonable fijar un plazo máximo inmovible, en el marco investigativo de organizaciones delictivas.

aplicar la norma de forma rigurosa, desprovista de la cesura y razonabilidad, que requiere toda interpretación legal. Esto también interesa a la defensa, en lo que respecta al descubrimiento de la evidencia (*discovery*), en cuanto al mostrarla, para así poder articular su Teoría del Caso, antes de pasar a la etapa de Juzgamiento.

El Ministerio Público es el pilar de la reforma -quiérase o no-, por lo que solo desde su estructura organizacional es que se debe diseñar la política de persecución penal y, no desde otras entidades públicas; que puede tener fallas en su actuación, nadie lo niega, pero que ha obtenido en muchas causas, niveles óptimos de rendimiento funcional, es algo que tampoco se puede negar⁴; y de recibo, no sólo el Ministerio Público puede incidir en malas prácticas, sino también los miembros de la judicatura así como la PNP. Parafraseando a SÁNCHEZ VELARDE, diremos que toda reforma del proceso penal trae consigo cambios substanciales en el sistema de organización judicial y también en la estructura orgánica y funcional de los fiscales y jueces y los auxiliares de justicia, como también en el desempeño profesional de la policía y los defensores. En todos los casos, se viene observando que el proceso de implementación progresiva afronta obstáculos propios del cambio de modelo, básicamente inquisitivo, a uno de corte acusatorio y de la limitada capacitación de alguno de sus actores, principalmente, de la policía⁵. En el caso de la Fiscalía -acota el autor-, el cambio es importante en la medida que deje de ser un partícipe más de las diligencias dirigidas por los jueces y asume un rol protagónico en la investigación del delito; además, es el eje jurídico de toda investigación preliminar por delito público. Se potencian, se amplían y se reafirman sus funciones que ya realizaba en la práctica actual, sobre la base de normas de orden constitucional y de la legislación existente⁶.

Ahora bien, es sabido que una cosa son los denominados «actos de investigación» y otra muy distinta los «actos de prueba»; siendo que los primeros importan actuaciones que tienen lugar en todo el decurso de la Investi-

4 En palabras de Pérez Gómez, nadie puede negar que, al inicio de la reforma, los fiscales en el Perú no contaban con una debida preparación para asumir un modelo procesal ajeno a la larga historia judicial de las solemnidades y secretismos decimonónicos. No obstante, luego de casi siete años de aplicación del NCPP, tampoco se puede desconocer que los fiscales han sido los obreros de la construcción del nuevo sistema de administración de justicia penal. "Malas prácticas en el NCPP: el problema del Sistema de Gestión Fiscal". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 34, abril 2012, p. 276.

5 Sánchez Velarde, P. *El nuevo Proceso Penal*, IDEMSA, abril del 2009, pp. 30-31.

6 Sánchez Velarde, P. *El nuevo Proceso Penal*, p. 31.



gación Policial, por parte del Ministerio Público y la PNP, los segundos han de manifestarse necesariamente en sede de Juzgamiento, donde la información recabada puede generar un estado de convicción en la mente del juzgador. No en vano puede predicarse, que conforme los actos de investigación se pueden emitir decisiones judiciales, enmarcadas en incidentes procesales (prisión preventiva, limitación de derechos fundamentales, ministración provisional, etc.), mientras que los actos de prueba son los únicos que pueden sostener una sentencia de condena (a su vez de *absolución*), con la excepción de las «Sentencias Conformadas», que pueden expedirse como resultado de una Terminación Anticipada del Proceso o la Conformidad, donde no se realiza actuación probatoria alguna. Se puede decir, que en estos procesos de simplificación procesal, las resoluciones judiciales se basan en puros actos de investigación, cuya fiabilidad y veracidad para sostener la teoría de incriminación de la fiscalía, no han sido sometidos al «test de credibilidad»; comportan una especie de verdad construida de forma artificial⁷.

A todo esto, el éxito de la reforma procesal-penal, no puede medirse con un gran número de condenas^{8, 9, 10}, no sólo porque ello significaría una visión

7 Vide, al respecto, Peña Cabrera Freyre, A.R. *Los Procesos Penales Especiales y el Derecho Penal frente al Terrorismo*, IDEMSA, Lima, 2011.

8 Condenas de procesos con un solo imputado, en flagrancia o con pruebas directas, constituye un colofón lógico, de un sistema de persecución penal, mínimamente revestido de eficiencia: empero, el verdadero reto, es lograr la condena de integrantes de mafias criminales, donde la complejidad probatoria es incuestionable y donde los ojos de la ciudadanía se convierten en la vigilia de la mentada eficiencia; a decir de Binder, el objetivo es la construcción de una persecución penal efectiva y la gran tarea por delante es reducir los enormes niveles de impunidad que existen, en especial en los delitos más graves, los que causan más daño a la sociedad; citado por Pérez Gómez, J.D; *Malas prácticas en el NCPP: ... Ob. cit., p. 278.*

9 El procedimiento penal no puede ser visto como la sola palanque de materialización del «ius-puniendi» estatal, sino como un mecanismo habilitador de los derechos fundamentales, no circunscrito al imputado, sino al resto de sujetos procesales; por lo que la tutela procesal efectiva, importa a su vez, la cautela de la libertad del inocente, de manera que la expedición de sentencias absolutorias, bajo tal premisa, no puede ser observada como un tropiezo a la anhelada eficiencia del sistema.

10 La cantidad de negociaciones procesales, la articulación de mecanismos de simplificación procesal, son importantes, en orden a descargar el trabajo fiscal y de reservar para el juzgamiento, las causas más difíciles de desentrañar, y que de hecho, requieren del máximo rigor punitivo; a tal efecto, el persecutor público debe ser virtuoso en las destrezas de negociación, de hetero-composición procesal, pues si bien podrá lograr muchas condenas, algunas de ellas (con el aval judicial), pueden implicar un relajamiento de la esencia retributiva de la sanción penal así como de los fines preventivo-generales de la

reductora de una «Justicia Penal» democrática, en tanto la verdadera eficacia debe ser medida en términos *preventivos*; *somos del parecer, que el Proceso Penal –como componente fundamental de la política criminal–, debe generar también efectos disuasivos en la población –potencialmente delictiva–, por lo que si los Distritos Judiciales como La Libertad, mantienen cifras alarmantes de criminalidad, obedece a que en la psique de no pocos ciudadanos, no ha calado debidamente lo que en verdad significa la instauración del nuevo modelo procesal-penal en el país*¹¹. De recibo, existe una abultada cifra negra de la criminalidad, que no es conocida por los operadores jurídicos, que necesita ser reducida, si es que en realidad se quiere rebajar los altos índices de delincuencia en el Perú.

A lo dicho se cae en el fatalismo de pensar, que retornando al estado anterior de las cosas, es decir, a una persecución penal netamente *policíaca*, es que se ve a solucionar el asunto, en la medida que despojando al fiscal de su rol conductriz, lo único que se obtiene es más corruptela y acusadas arbitrariedades; la dación de la Ley N° 30076 de agosto del 2013¹², viene inspirada en dicha contextualización, de hacer creer que la impunidad reinante en el Perú, es producto de un exacerbado «garantismo» del nuevo CPP, cuando Lima, que es la ciudad que ha experimentado este crecimiento galopante de criminalidad, no aplica el modelo procesal-penal acusatorio, solo en lo que respecta a los delitos de corrupción de funcionarios; por ende, la propuesta política, es situar a la policía en el mismo nivel del Ministerio Público¹³, en lo concerniente a los poderes de dirección material de la investigación. Se quiere vender el siguiente slogan: impunidad = nuevo CPP, de que los Fiscales no saben investigar; lo que es falso, pues en Lima, investigaciones –casi llevadas

pena, en el sentido de que la morigeración exagerada e injustificada de la reacción sancionadora, puede conmover las demandas de justicia de la comunidad y hacer creer, en algunos justiciables, que estas instituciones jurídico-procesales, han sido creados para favorecer a los delincuentes y no para hacer de la Justicia Penal, una más rápida y eficaz, sin que ello pueda dar entender en un relajamiento de los cometidos básicos del Derecho penal, de dar un mensaje de dureza frente al crimen más violento.

- 11 Así, una percepción cognitiva errática, de que se instituye en una plataforma de pura «impunidad».
- 12 Modifica el artículo IV del Título Preliminar, y los artículos 65, 332 del nuevo CPP.
- 13 Coincidimos con Cubas Villanueva, quien sostiene que es impostergable trabajar con la policía para contar con una policía especializada en la investigación del delito, cuya función sea prestar su invaluable apoyo al Ministerio Público, órgano constitucional autónomo encargado de la persecución del delito y como tal, titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba. *La titularidad del ejercicio de la acción penal...* Ob. cit., p. 55.



por entero por el Fiscal—, en casos de corrupción de funcionarios, han significado varias resoluciones de condena¹⁴.

Creemos que la Justicia Penal, comprende una serie de aristas, donde la persecución penal es casi el último eslabón¹⁵, pero a ello se apareja la tarea en puridad *preventiva*, que importa evitar la comisión del hecho punible y, para ello reforzar la misión de la policía (juntamente con otras instituciones públicas comprometidas) resulta fundamental. La configuración de una sociedad pacifista, en su cotidiana interrelación de sus miembros, no puede definirse por la gran cantidad de personas encerradas en las prisiones, sino más bien, en evitar de que más personas incurran en hechos luctuosos, en ciudadanos que pueden desenvolverse libremente en las calles, y no como ahora, con el temor, la angustia y el pánico de ser víctimas de esta demencial criminalidad; dotar a la policía de instrumentos eficaces para la prevención delictual, debe ser una labor prioritaria en la agenda política y no el simplismo de acudir a la reforma permanente de la norma *jurídico-penal*¹⁶.

En suma, la obra que presentamos, viene a aglutinar una serie de tópicos (procesales), de acuciante interés académico para la ciencia procesal-penal, bajo la pluma de destacados juristas, quienes abordan el estado de la cuestión con especial sapiencia, no sólo desde una perspectiva teórica, sino desde la praxis jurisprudencial, lo cual muestra al lector una lectura interesante, de cómo los operadores jurídicos están aplicando estas novísimas instituciones jurídico-procesales.

No queda más que agradecer a EDICIONES LEGALES, representada por la persona de MARIO MARTÍNEZ, por haberme dado la oportunidad de esbozar unas líneas introductorias en la presente obra, que estamos seguros dará mucho que hablar en los foros académicos nacionales e internacionales.

Lima, Enero del 2014.

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
*Profesor de las Maestría de Ciencias
Penales de la UNMSM*

14 Así, artículos 61.2 y 330.1.

15 El periodo de «ejecución penal», es el último eslabón del Sistema Penal, que no ofrece posibilidades de enmienda a sus eventuales clientes y, lo peor de todo, es que desde su interior, se planifican los crímenes más horribles.

16 Cfr., Peña Cabrera Freyre, A. R. *Derecho Penal. Parte General*, T. I, 4ta. edición, IDEMSA, Lima, 2013.

COMENTARIOS DESDE UNA VISIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTARIOS:

- Bases constitucionales del Nuevo Código Procesal Penal peruano • Las garantías constitucionales del debido proceso en el Nuevo Código Procesal Penal.

BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

CÉSAR LANDA ARROYO*

I. PRESENTACIÓN

Los intentos de reforma del proceso procesal penal en el Perú, en los últimos años, han fracasado por diversas razones. En primer lugar, por la falta de voluntad política para llevar adelante las modificaciones legales en la materia; en segundo término, por la falta de perspectiva en la implementación de dichas reformas. Se suma a ello, el hecho de que la mayoría de los juicios todavía no han logrado superar su visión positivista del Derecho en general¹, por lo cual, todavía rezan el credo de que “el juez debe limitarse a la aplicación de la ley”.²

De ahí que todavía persista, en nuestra cultura judicial, y en detrimento del principio de fuerza normativa de la Constitución, la renuencia de aceptar y aplicar los principios y disposiciones constitucionales, los cuales no son aplicables solo a un determinado ámbito del ordenamiento jurídico, sino que son de alcance general.

Se ha olvidado, por tanto, que en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto es

* Doctor en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares de España, Catedrático de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magistrado Tribunal Constitucional. Ensayo con la colaboración de Jorge León.

1 LANDA, César. «Constitucionalismo y cultura judicial». En *A.A.VV. Visión iberoamericana del tema constitucional*. Caracas. Fundación Manuel García Pelayo, 2003, pp. 303 y ss.
2 BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987, p. 23.



así porque la Constitución, a partir del derecho de supremacía constitucional, sienta las bases constitucionales sobre las cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.

Es que el proceso judicial, en general, y el proceso penal, en particular, en nuestro medio, siempre han sido analizados desde la perspectiva estrictamente procesal, soslayando, de esta manera, sus bases constitucionales. En este sentido, es positivo que el nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP)³, en su Título Preliminar, no haya hecho otra cosa que recoger los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son la aplicación al proceso penal. Por ello, en este trabajo corresponde analizar las bases constitucionales que el nuevo CCP ha incorporado en su Título Preliminar en concordancia con la Constitución Política de 1993.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

2.1. Tutela procesal efectiva

«ARTÍCULO I. Justicia Penal

1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.

2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.

3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.

4. 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.

5. El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales».

³ El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957, fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 29 de julio de 2004.



La Constitución de 1993, en su artículo 139, establece determinados principios y derechos relacionados con la tutela procesal efectiva, que consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento (sentencia o auto) que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Se derivan en este derecho fundamental, las siguientes exigencias⁴: 1) acceso a órganos propiamente judiciales; 2) prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; 3) prohibición de impedir su acceso (*principio del favor actionis o pro actione*), el cual se manifiesta a través del respeto al debido proceso, el acceso a la justicia.

En concordancia con esta disposición constitucional, en el artículo 1 del nuevo Código Procesal Penal se puede identificar determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el ámbito del proceso penal. El inciso 1, por ejemplo, relaciona el principio y derecho de la gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La tutela procesal efectiva, como hemos señalado, se manifiesta en el debido proceso y el acceso a la justicia. El derecho fundamental al debido proceso está reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución y su aplicación no solo se circunscribe al ámbito judicial, sino que también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial⁵.

En cuanto al contenido de este derecho fundamental cabe señalar que es amplio, porque no solo se refiere a que, en el proceso penal, se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios, etc.

Por otro lado, el nuevo Código, en este artículo, también ha incorporado el *principio de igualdad* procesal, el cual se deriva del derecho fundamental (artículo 2.2 de la Constitución), y consiste en que las partes en

4 GONZALES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 61 y ss.

5 LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 196.



el proceso penal –que es el caso que ahora nos ocupa– se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer valer sus pretensiones en el proceso (*igualdad de armas*). Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener “los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas”⁶.

El Nuevo Código ha reconocido, además, el derecho a la instancia plural (denominado también como derecho al recurso), que no es sino el derecho que tienen las partes del proceso de recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Este derecho (enunciado en el artículo 139.6 de la Constitución) implica, por lo demás, acceder a los recursos previstos por ley y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión.

No obstante, es del caso añadir que el derecho a la instancia plural adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribir la reforma peyorativa –*reformatio in peius*–; vale decir, la prohibición que la situación jurídica del recurrente se viese agravada como consecuencia de su propio recurso⁷.

Finalmente, este artículo también hace referencia al derecho a la indemnización frente al error judicial. No se trata de un mecanismo de subsanación, sino de un auténtico derecho que se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 139 de la constitución y, en particular, en el inciso 6 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error judicial en un proceso penal –y también ante una detención arbitraria–, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga⁸.

2.2. Presunción de inocencia

«ARTÍCULO II. Presunción de inocencia

1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se

6 MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 9ª edición, 2000, p. 322.

7 RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*. Bosch editor S. A. Barcelona, 1993, pp. 407 y ss.

8 LANDA, César. «Los derechos humanos como fundamento constitucional del derecho penal». En *Actualidad Jurídica*. Tomo 100, marzo, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 48.

demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido».

La presunción de inocencia que la Constitución consagra en el artículo 2.24.e, en el ámbito constitucional, es un derecho fundamental, pero también un principio constitucional. En efecto, la presunción de inocencia, en el primer caso, es el derecho fundamental que asiste a toda persona a que sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

El fundamento de este principio es el *in dubio pro homine*, el mismo que está relacionado en tanto se reconoce que la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1 de la Constitución, y que constituye la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico⁹. En el segundo caso, es decir, como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal del moderno Estado constitucional democrático, porque de él se derivan no solo los límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones¹⁰.

Ahora, desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene diferentes manifestaciones¹¹, a saber: 1) la carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, lo cual quiere decir, en otras palabras, que el inculpado no tiene la obligación de probar su inocencia; 2) la aplicación del principio *in dubio pro reo* recogido en el artículo 139.11 de la Constitución, según el cual, el juez

9 LANDA, César. «Divinidad de la persona humana». En *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 7, julio-diciembre, México D. F., 2002, p. 110.

10 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 214-215.

11 QUISPE FARFÁN, Fany. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 42 y ss.



está obligado a la absolución del imputado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia; 3) en cuanto se presuma la inocencia del imputado, su detención será una circunstancia excepcional. En forma concordante con esta disposición constitucional, el artículo II del Título Preliminar del nuevo CPP.

Cabe decir, no obstante, que el principio a la presunción de inocencia no es absoluto, sino más bien relativo, pues la quiebra de dicho principio se produce cuando se demuestra la culpabilidad de la persona mediante una sentencia firme y debidamente motivada.

Por último, debemos resaltar un aporte importante del nuevo CPP, en lo que se refiere a la prohibición de las autoridades o funcionarios públicos de mostrar a una persona como culpable de un delito o brindar información de la cual se pueda colegir en ese mismo sentido.

Esto es especialmente relevante frente a la arraigada costumbre de las autoridades o funcionarios del Estado (congresistas, jueces, fiscales, policías) e incluso de los medios de comunicación de no respetar el principio-derecho a la presunción de inocencia.

2.3. Principio de *ne bis in idem*

«ARTÍCULO III. Interdicción de la presunción penal múltiple

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento.

Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código».

El Principio *ne bis in idem* es un principio de naturaleza sustantiva y procesal. En un primer término, viene a configurarse como el derecho de la persona a no ser sancionada dos veces por un mismo hecho –delito, falta o infracción–, este es el *ne bis in idem* sustantivo. De otro lado, se presenta como el derecho de la persona de no ser procesada, nuevamente, por un hecho que ya fue objeto de prosecución judicial, en este segundo supuesto estamos frente al *ne bis in idem* procesal¹².

12 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima: Grijley, 2001, pp. 61 y ss.



No obstante, debemos señalar que el principio *ne bis idem* está relacionado, estrechamente, con el principio de cosa juzgada, contenido en el artículo 139.2 y 139.13 de la Constitución. En efecto, el principio de cosa juzgada consiste en que el justiciable (agraviado y acusado) obtenga una resolución judicial firme, inmutable y; por lo tanto, oponible a cualquier pretensión análoga ulterior, siempre que esta no haya vulnerado los derechos fundamentales de terceros. Por ello, en última instancia, solo la cosa juzgada material –no lo formal– es la que otorga seguridad jurídica a los fallos judiciales. Este principio ha sido escogido por el legislador en el artículo III del Título Preliminar del nuevo CPP, que no es sino la prohibición de la persecución penal múltiple. En este sentido se señala, en dicho artículo, que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Sin embargo, la relevancia de esta disposición no está solamente en referencia a este principio en el ámbito penal, sino en la extensión de este principio al Derecho administrativo sancionador, que por lo demás, tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo.

2.4. Rol del Ministerio Público

«ARTÍCULO IV. Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición».

El Ministerio Público, en nuestro ordenamiento, es un organismo de relevancia constitucional, pero no tanto porque dicha institución esté prevista expresamente en la Constitución, sino por los roles constitucionales a los que está llamado a desempeñar. En efecto, según la Constitución 1993 (artículo 159), el Ministerio Público cumple, básicamente, las siguientes funciones: 1) promover de oficio o petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos que

el derecho tutela; 2) velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; 3) representar en los procesos judiciales a la sociedad; 4) conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual la Policía Nacional está obligada a prestar colaboración de los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; 5) ejercitar la acción penal de oficio o petición de parte; 6) emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley; y 7) ejercer la iniciativa legislativa en la formación de leyes. Como puede apreciarse, las funciones del Ministerio Público no solo se limitan al ámbito procesal penal, sino que también cumple funciones constitucionales.

No obstante, corresponde analizar el rol del Ministerio Público en la forma como ha sido prevista en el artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP. En concordancia con lo que establece la Constitución, el nuevo Código atribuye, en exclusiva, al Ministerio Público, la titularidad de la acción penal, lo cual quiere decir que el Ministerio Público actúa de acuerdo al principio de legalidad, es decir, que no se rige por criterios de oportunidad al momento de ejercitar la acción penal¹³.

De ahí que el Código señale que el Ministerio Público «debe actuar con objetividad», con lo cual queda fuera de lugar la promoción de la acción penal por motivos subjetivos o de conveniencia particular. Pero, además, se le atribuye una función importante de control frente a los «actos de investigación» que realiza la Policía, con lo cual asume una responsabilidad determinante de controlar los excesos, siempre latentes, de los actos que la Policía lleva a cabo, que, por lo demás, como establece la Constitución en su artículo 166, deben estar relacionados con la finalidad fundamental de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, y con la prevención y lucha contra la delincuencia.

Otro aspecto sobre el cual debemos llamar la atención es en lo que se refiere a la posición del Ministerio Público frente a la Policía Nacional. En este sentido, es claro que la Constitución y el nuevo CPP han asignado al Ministerio el rol del conductor de la investigación preparatoria, para lo cual puede solicitar el apoyo de la Policía Nacional. Esta posición es sumamente importante, por cuanto permite delimitar claramente cuál es el papel de la Policía Nacional frente al Ministerio Público, lo cual



13 MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional I*. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 9ª edición, 2000, p. 63.

puede contribuir positivamente a desterrar la inconstitucionalidad práctica de los atestados policiales de tipificar el delito, pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de una persona.

Por ello, debe quedar claro, que la relación entre ambas instituciones es la de conductor de la investigación preparatoria y colaborador de ella, respectivamente, lo cual no excluye que el actuar de ambas instituciones debe realizarse de acuerdo al principio de mutua colaboración¹⁴.

Finalmente, también es de relevancia que el artículo IV del Título Preliminar, en su párrafo final, haya definido la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, al señalar que los actos que realiza tanto él como la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional.

Es que, como se señala en la doctrina, el Ministerio Público es una institución distinta del Poder Judicial, puesto que no posee funciones jurisdiccionales, «no es un Poder Judicial; no ejerce jurisdicción (no es un órgano revestido de la potestad de resolver disputas aplicando el Derecho en un procedimiento contradictorio entre partes, dictando una decisión tendencialmente irrevocable)»¹⁵.

2.5. Rol del Poder Judicial

«ARTÍCULO V. Competencia Judicial

1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley».

Desde que en los inicios del constitucionalismo se formuló el principio de división de poderes como mecanismos para garantizar la independencia de los tres poderes clásicos del Estado, tal principio ha sufrido, en la actualidad, una transformación que ha llevado al tránsito de su rigidez a uno de mayor flexibilidad. Prueba de ello es que en el actual Estado constitucional democrático, el Poder Ejecutivo desarrolla una fun-

14 AZABACHE, César. *Introducción al procedimiento penal*. Lima. Palestra Editores, 2003, p. 153.

15 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional*. Vol. II..., ob. cit., p. 448; De Llera Suárez-Bárcena, Emilio. *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 123.



ción legiferante bastante importante, con lo cual la función legislativa ha dejado de ser privativa del Parlamento.

Del mismo modo, las funciones del Poder Ejecutivo se han ido trasladando a otras entidades y organismos a través de mecanismos de descentralización, que convierte al Ejecutivo ya no en el Poder único y exclusivo encargado de llevar a cabo las políticas de gobierno en los distintos ámbitos del Estado.

Lo mismo no ha sucedido, sin embargo, con el Poder Judicial, que desde sus orígenes y hasta la actualidad ha conservado, para sí, privativamente, la potestad de administrar justicia. Esto es, el Estado reserva al Poder Judicial la potestad de *decir, decidir y declarar* el derecho a aplicar en un conflicto entre particulares o entre ellos y el Estado. Esta potestad exclusiva se manifiesta, aún más claramente, cuando se encarga al Poder Judicial de ejercer el *ius puniendi* del Estado, es decir, la facultad de sancionar las infracciones y las afectaciones de bienes jurídicamente protegidos.

De ahí que nuestra Constitución, en su artículo 139.19, prohíba el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y las leyes.

En esa línea de pensamiento, la Constitución de 1993 (artículo 138) dispone que la «potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes [...]»¹⁶. Sobre esta disposición constitucional se plantea dos problemas sobre los cuales debemos llamar la atención: la legitimidad del Poder Judicial y la exclusividad que la Constitución reconoce, al Poder Judicial, para el ejercicio de esa potestad. Con respecto al primer punto cabe señalar, como regla, que en nuestro ordenamiento, la legitimidad de los jueces, en general, no proviene de la elección por voluntad popular. Pero entonces cabe indagar de dónde le viene esa legitimidad. El mismo artículo 88 nos ofrece una primera aproximación a su respuesta.

En efecto, si bien la legitimidad de los jueces, en nuestro ordenamiento, no proviene de un sufragio universal o de una elección popular, sí cabe afirmar que es una legitimidad indirecta, es decir, en su vinculación a la Constitución, es una norma jurídico-política.

16 LÓPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001, p. 22.



Por otro lado, la Constitución (artículo 139.1) reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, estableciendo, a su vez, la prohibición de establecer jurisdicciones independientes del Poder Judicial, a excepción de la justicia militar y la arbitral.

En este mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del CPP ha reservado para el Poder Judicial dos fases, a nuestro entender determinantes del proceso penal: 1) la dirección de la etapa intermedia del proceso penal, es decir, de aquella en la que el juzgador va a decidir si existe mérito suficiente para que se pase a la etapa del juzgamiento; y 2) la etapa de juzgamiento propiamente.

Cabe señalar que en ambas etapas del proceso penal, el juez debe actuar dentro del marco que establecen no solo las disposiciones del nuevo CPP, sino también en observancia del principio de independencia judicial (artículo 139.2 de la Constitución) y de *fuera normativa de la Constitución*, es decir, que las actuaciones de los jueces no solo tienen que ser legales, sino que, especialmente en lo que se refiere a sus facultades (dictar sentencias, medidas cautelares, etc.), constitucionales, esto es, observando los principios y valores superiores que la Constitución reconoce, así como el respeto de los derechos fundamentales. Ello, por cuanto los jueces, como es obvio, también están sometidos a la Constitución¹⁷.

2.6. Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos

«ARTÍCULO VI. *Legalidad de las medidas limitativas de derechos*

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada.

La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad».

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el

17 DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989, p. 70.



ordenamiento jurídico¹⁸. En tal sentido, no son derechos absolutos, sino más bien relativos y, como tales, pueden ser restringidos.

Pero las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cualquier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encargan a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el ordenamiento jurídico.

Pero además de ello, las limitaciones de los derechos fundamentales, especialmente dentro de un proceso penal, dentro de la estricta observancia del procedimiento previsto para tal efecto y con las garantías que se derivan tanto de la Constitución como de las leyes pertinentes. En nuestro ordenamiento, como regla general, se ha encargado a la autoridad judicial la limitación de derechos.

De otro lado, desde el punto de vista constitucional, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP, ha recogido lo previsto por la Constitución en su artículo 139.5, que exige la motivación escrita de las resoluciones judiciales, a excepción de los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley que se está aplicando y los fundamentos de hecho en que se fundan.

Con esto se busca proteger el derecho de todas personas a la *certeza judicial*, es decir, el derecho a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados; de modo tal, que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce como al derecho que se aplica. Se hallan exceptuadas del cumplimiento de esta regla, como ya hemos señalado, las resoluciones de mero trámite, es decir, los derechos.

Otro aspecto relacionado con este artículo del nuevo CPP es la incorporación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros a considerar cuando se trata de la limitación de un derecho fundamental por una resolución judicial. Esto es especialmente importante por cuanto, mediante la observación de este principio, se busca evitar que el juez incurra en arbitrariedades cuando se trate de la limitación de un derecho fundamental, mediante una resolución judicial, dentro del marco del proceso penal. De esta manera, los principios de

18 HÄBERLE, Peter. *La Libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997, pp. 163 y ss.



razonabilidad y proporcionalidad, por los cuales los medios empleados deben ser legítimos y proporcionales al fin perseguido¹⁹, se convierte en un parámetro importante a observar por los jueces; con lo cual se busca prevenir la afectación arbitraria e ilegal de los derechos fundamentales.

2.7. Ley Procesal Penal. Vigencia e interpretación

«ARTÍCULO VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.

4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo».

Según lo establece el artículo 109 de la Constitución, “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o parte”. No obstante, el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP ha establecido que la ley procesal penal anterior para los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que ya hubieran empezado a correr.

De otro lado, este artículo del Título Preliminar del CPP, siguiendo el artículo 103 de la Constitución, el cual señala que «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo», ha extendido también el principio de retroactivi-

19 HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional...*, op. cit., 127.



dad de la ley procesal penal al imputado, incluso cuando los actos a los que se pretende aplicar ya hayan concluido, siempre que ello sea posible.

También se hace referencia al *principio de interpretación restrictiva* de los siguientes supuestos: 1) Aquellas disposiciones que restrinjan el derecho fundamental a la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas. 2) Las disposiciones que limiten una facultad concedida a las partes; y 3) Las que establezcan sanciones procesales. Del mismo modo, de conformidad con el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos (artículo 139.9 de la Constitución). No obstante, las excepciones a esa regla vienen dadas por: 1) la permisión de la aplicación de una interpretación extensiva y de la analogía incluso, cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; y 2) en caso de duda sobre la ley procesal aplicable, se debe estar a la que más le favorezca.

2.8. Legitimidad de las pruebas

«ARTÍCULO VIII. Legitimidad de la prueba

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio».

La Constitución ha establecido que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, quien la emplea incurre en responsabilidad, en el artículo 2.24.h. A partir de ellos se debe entender que las pruebas dentro del proceso penal deben ser obtenidas en el marco de lo que establece la Constitución, las leyes y el respeto a los derechos fundamentales.

De ahí que el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP haya establecido que el juez debe valorar las pruebas solo en la medida en que hayan sido obtenidas e incorporadas al proceso penal, a través de los medios constitucionalmente legítimos. De lo contrario, las pruebas que hayan sido obtenidas con la afectación del contenido esencial de los de-



rechos fundamentales, carecen de valor legal y, por tanto, no producen efecto jurídico alguno.

Sin embargo, se plantea el problema de las denominadas pruebas ilícitas. Es que, a tenor de lo establecido por el artículo VIII, se proscribía absolutamente la posibilidad de que una prueba obtenida ilícitamente, pueda surtir algún efecto legal en el proceso penal. Al respecto, es del caso señalar que existen diferentes teorías al respecto.

Así, un sector de la doctrina entiende que las pruebas ilícitas y las que se deriven de aquellas, por más que estas últimas sean lícitas, no deben surtir ningún efecto jurídico, por cuanto su obtención ha sido de modo ilícito (teoría del fruto del árbol envenenado). Otra tesis contraria sostiene que la prueba ilícita debe ser válida y eficaz, sin perjuicio de la sanción que se debe imponer a los responsables de dicha obtención, pues debe primar la verdad.

El nuevo CPP parece haber acogido la «teoría del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*)», según la cual «el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas»²⁰.

No obstante, si bien se proscribía la valoración de los medios de prueba obtenidos al margen del procedimiento constitucionalmente legítimo, debemos señalar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos y, en esa medida, el juzgador debería valorar las pruebas ilícitamente obtenidas considerando el principio de razonabilidad y proporcionalidad²¹.

2.9. Derecho de defensa

«ARTÍCULO IX. *Derecho de Defensa*

1. *Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado*

20 PARRA QUINO, Jairo. «Pruebas ilícitas». En *Ius et Veritas*, N° 14, Lima, 1997, p. 40.

21 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El problema de la prueba ilícita»: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal. En *Themis*, N° 43, Segunda Época, Lima, 2001, p. 157.



de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición».

El derecho de defensa se halla contenido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución.

Sin embargo, debemos señalar que la defensa no es solo un derecho, sino también un principio, cuyo contenido es amplio.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista constitucional, el derecho-principio a la defensa se manifiesta en que: 1) ninguna persona puede ser privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso; 2) toda persona debe ser informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones que justifiquen la detención de la persona; 3) toda persona tiene el derecho de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde su citación o detención; y 4) toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones que motivan su detención (artículo 139.15 de la Constitución).

En tal sentido, el derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona de defenderse de manera eficaz y oportuna durante todo el estado del proceso penal, e incluso en la investigación fiscal prejurisdiccional, respecto a todo acto procesal ya sea que éste provenga de la parte acusadora como del juez y que pueda, eventualmente, ocasionar algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica.

El derecho de defensa se traduce, también, en la prohibición de generar en el acusado una situación de indefensión²². Este derecho comprende,

22 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional...*, pp. 196 y ss.



a su vez, el derecho a ser oído, a la asistencia de un letrado, ya sea éste elegido por el propio acusado o asignado obligatoriamente por el Estado (defensor de oficio).

A este principio-derecho es el que hace referencia, ampliamente, el artículo IX del Título Preliminar del nuevo CPP, en concordancia con las garantías que sobre la materia ha incorporado la Constitución de 1993. Pero, además de ello, debemos referirnos a un derecho fundamental: “A la no auto incriminación” que reconoce el párrafo final del mencionado artículo.

Si bien como derecho fundamental no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento constitucional, el derecho a la no auto incriminación está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2.g), el cual como sabemos forma parte del ordenamiento jurídico²³, según lo establece el artículo 55 de la Constitución.

2.10. Naturaleza de las normas del Título Preliminar

«ARTÍCULO X. Prevalencia de las normas de este Título

Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación».

En general, las disposiciones que están contenidas en un título preliminar gozan de cierta prevalencia frente a las demás. Es decir, son disposiciones, pero también principios que orientan las demás disposiciones de las cuales forman parte. De ahí que podemos afirmar que son normas rectoras no solo por que orientan, sino también porque sirven como parámetros de interpretación.

En ese sentido, el nuevo CPP tiene el acierto de haber precisado la prevalencia de las disposiciones del Título Preliminar, porque, como hemos visto, las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo preliminar, antes que normas de carácter estrictamente procesal, son de naturaleza constitucional. Ello justifica, por tanto la preeminencia de estas normas, con lo cual, en caso de contradicción entre estas y de las normas restantes, deben aplicarse aquéllas.

23 LANDA, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Lima: Palestra Editores, 2da. edición corregida y aumentada, 2003. pp. 783 y ss.



III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado, brevemente, las bases constitucionales del nuevo proceso penal, cabe afirmar que los lineamientos esenciales para la reforma del proceso penal peruano están dados. No obstante, sería bastante iluso pensar que el nuevo CPP solucionará automáticamente los graves problemas que aún hoy, en un Estado democrático, están presentes en el ámbito judicial.

Sin embargo, es ya un notable avance el hecho de que el nuevo Código Procesal Penal Peruano se haya previsto a partir de los principios constitucionales que sustentan el Derecho el Procesal Penal, y no a partir de una perspectiva estrictamente procesal. De ahí que sea necesario que el proceso penal se realice siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos fundamentales, y no solo a través de las disposiciones infraconstitucionales que regulan el proceso penal.

En tal sentido, el éxito o el fracaso de la implementación de este nuevo orden procesal penal dependerá, en gran medida, de la prudente y adecuada aplicación judicial de los principios y disposiciones constitucionales que el nuevo Código Procesal Penal ha previsto.



LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

ARSENIO ORÉ GUARDIA*

1. INTRODUCCIÓN

La expresión “garantías constitucionales del debido proceso”, puede ser entendida como la consagración en nuestro Texto Fundamental de un conjunto de principios y derechos que fijan los límites del *jus puniendi* del Estado ejercitado a través del proceso penal, y que representa la más grave intervención en la esfera de los derechos de las personas.

El reconocimiento constitucional de estas *garantías*¹ otorga al imputado un marco de seguridad frente a la actuación punitiva del Estado, a fin de que sus derechos fundamentales sean respetados, lo que es acorde con las exigencias de una sociedad moderna insertada en un Estado democrático.

Así, a un modelo de Estado democrático debería corresponder un proceso penal de la misma índole, respetuoso de una serie de garantías derivadas de la dignidad del ser humano que no deja de ser el imputado. En cambio, a un Estado autoritario corresponderá inevitablemente un proceso penal arbitrario y transgresor de los derechos humanos².

* Abogado. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 Garantías constitucionales y derechos fundamentales procesales son términos equivalentes en cuanto a sus efectos, pues estos últimos deben concebirse como garantías a favor de las personas frente al poder en función del cual se construye todo el sistema jurídico, por lo que pueden denominarse: derechos-garantía. Entender los derechos fundamentales como garantías los hace verificables y permiten exigir su observancia (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Constitución y proceso*, p. 450).

2 CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El modelo del proceso penal diseñado en la Constitución Política del Estado. ¿De dónde proviene el modelo acusatorio?*, p. 426.



Por ello, la necesidad de que el Estado vele por el respeto y protección de los derechos fundamentales del imputado obliga a que se defina en la Constitución, en tanto la ley fundamental que fija las condiciones mínimas de actuación pública y privada, los límites del ejercicio del poder estatal. Como quiera que en el proceso penal esta necesidad es más imperiosa, la tendencia es fijar en la Constitución las reglas mínimas de un proceso penal³.

Ha sostenido el Tribunal Constitucional que estos atributos esenciales forman parte del “modelo constitucional del proceso⁴”, que deben respetarse para que el proceso pueda considerarse debido. Y, si bien la cláusula del debido proceso es aplicable en toda sede jurisdiccional –y extensivamente en sede administrativa, fiscal o de particulares, con sus limitaciones–, es en el ámbito jurisdiccional penal en el que se manifiesta con mayor amplitud y definitivamente el ámbito en que se hace mucho más imprescindible la efectiva realización de los principios y derechos que la componen⁵.

2. EL DEBIDO PROCESO

Históricamente, el derecho al debido proceso es una institución que proviene del derecho anglosajón (*due process of law*), y que faculta a toda persona a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente, pues el Estado no solo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción), sino a proveerlas bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren el juzgamiento imparcial y justo. Es decir, el derecho al debido proceso garantiza que la tramitación de un proceso –entendido en el sentido más lato posible– sea llevada a cabo de manera imparcial y ordenada, a fin de concluir en un resultado justo para las partes, por lo que también se erige como límite para el órgano que dirime la controversia, determinando necesariamente su labor.

La observancia del derecho al debido proceso resulta consagrada en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, en el que se establece los principios y derechos de la función jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable –ante su pedido de tutela– el deber del órgano jurisdiccional de observar el

3 CARO CORIA, Dino Carlos. *Las garantías constitucionales del proceso penal*, p. 1028.

4 Cfr. Exp. 2521-2005-HC/TC. FJ. N° 5. Caso: *César Darío Gonzales Arribasplata*.

5 ADRIÁN CORIPUNA, Javier. *El debido proceso en sede penal. Nuevos contenidos constitucionales*, pp. 182-183.

debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales⁶.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el Debido Proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos⁷. El Debido Proceso, a decir de nuestro Tribunal Constitucional, comporta dos dimensiones⁸: una dimensión sustantiva (material) y una dimensión procesal (formal): En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación, pluralidad de instancia; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer⁹.

En otras palabras, el debido proceso no solo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular–. En consecuencia, la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se respetan las garantías procesales, sino tam-

6 Por ejemplo, dichos derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye un mínimo exigible y un deber imperativo para los Estados Partes de este tratado internacional. *Vid.* NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la constitución y el sistema americano. Doctrina y jurisprudencia*, p. 20.

7 *Cfr.* Exp. N° 9727-2005-HC/TC. FJ. N° 7. *Caso: Robert Ramírez Miranda*.

8 La **dimensión sustantiva** del debido proceso refiere que la solución que se adopte en un caso concreto sea razonable y proporcional, respetando las pautas de justicia y equidad, esto es, que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez; mientras que la **dimensión procesal** alude a todas las garantías adjetivas que deben ser respetadas dentro del marco del proceso mismo (derecho de defensa, juez predeterminado por ley, la imparcialidad del juez, derecho al recurso, etc.), con el fin de que el resultado al que se concluya pueda ser satisfactorio para las partes a probar como elemento esencial del proceso justo (*Cfr.* BUSTAMANTE ALARCÓN, p. 48).

9 *Cfr.* Exp. N° 8125-2005-HC/TC. FJ. N° 6. *Caso: Caso Jeffrey Immelt y otros*.



bién cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios¹⁰.

3. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL DEBIDO PROCESO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL¹¹

El proceso penal debe ser la síntesis de las garantías fundamentales de la persona y del derecho a castigar que tiene el Estado. Éste además, debe tender a un equilibrio entre la libertad de la persona como derecho fundamental y la seguridad ciudadana como deber primordial del Estado. Así lo prescribe el artículo 44 de la Constitución cuando establece que son deberes del Estado garantizar la vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su integridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación¹².

Es frecuente que en los textos se empleen conceptos como derechos fundamentales, derechos fundamentales procesales, derechos humanos, principios procesales, libertades públicas, garantías institucionales, entre otros conceptos para referirse a lo mismo: Las garantías procesales penales constitucionalizadas. Por garantías constitucionales¹³ del proceso penal debe entenderse el cúmulo de principios, derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y, *lato sensu*, por los tratados internacionales, que tienen por finalidad otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y, en última instancia, mantener un equilibrio entre la llamada búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado¹⁴.

Estas garantías constitucionales constituyen hoy en día a nivel internacional, sin lugar a dudas, el principal progreso de todo derecho procesal penal. A partir de este conjunto de garantías, debidamente armonizadas, y

-
- 10 Cfr. Exp. N° 3421-2005-HC/TC. FJ. N° 5. *Caso: Nicke Nelson Domínguez Baylon*.
- 11 Aprobado por Decreto Legislativo N° 957 y publicado el 28 de julio de 2004.
- 12 GUARDIA ORE, Arsenio. *Panorama del proceso penal peruano y reformas urgentes*, <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-categoria&id=8&page=2>
- 13 Estas garantías constitucionales constituyen hoy en día a nivel internacional, sin lugar a dudas, el principal progreso de todo derecho procesal penal (...) a partir de este conjunto de garantías, debidamente armonizadas, y teniendo en cuenta la interpretación que se ha hecho de ellas, se puede hablar de un modelo constitucional del proceso penal, que el legislador debe tener en cuenta para la construcción y modificación de los procedimientos, impidiendo que pueda establecer trámites o actuaciones que permitan vulnerar estos derechos (CAROCCA PÉREZ, Alex. *La defensa penal pública*, p. 28).
- 14 CARO CORIA, Dino Carlos. *Las garantías constitucionales del proceso penal*, pp. 1027 y 1028.

teniendo en cuenta la interpretación que se ha hecho de ellas, se puede hablar de un **modelo constitucional del proceso penal**, que el legislador debe tener en cuenta para la construcción y modificación de los procedimientos, impidiendo que pueda establecer trámites o actuaciones que permitan vulnerar estos derechos.

Una de las características del nuevo modelo procesal penal es la afirmación de las garantías del ciudadano, tanto del imputado como de la víctima. En tal sentido, se consolida y fortalece la calidad de sujeto de derecho del imputado, al regularse —en todas sus manifestaciones— las limitaciones de los órganos de persecución penal para la búsqueda de la verdad formal, pues el proceso penal no puede buscar a cualquier precio la verdad. Por el contrario, el procedimiento en un orden democrático de derecho debe estar dispuesto a la realización de sacrificios; es preferible absolver a unos cuantos culpables que condenar a muchos inocentes¹⁵.

En este orden de ideas, el nuevo Código Procesal Penal significa la constitucionalización del proceso penal, es decir, los principios y garantías consagrados en el texto *iusfundamental* son compaginados sistemáticamente en el sillar edificativo de este cuerpo de normas¹⁶. Básicamente, el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal ha adoptado un “*núcleo duro*” de estos *principios*¹⁷ rectores tributarios del debido proceso y que inspiran el modelo procesal penal *acusatorio*¹⁸ con rasgos *adversativos*¹⁹ que define a este nuevo Código Penal adjetivo.

-
- 15 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, p. 243.
- 16 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, pp. 24-25.
- 17 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Constitución, Tribunal Constitucional y Derecho penal nacional*, p. 76.
- 18 Las características de este modelo acusatorio son las siguientes: **a.** Dirección de la investigación a cargo del Fiscal, **b.** El Juez es neutral; resuelve a la luz de la prueba presentada por las partes, **c.** Equilibrio entre las garantías y la eficacia en la persecución penal, **d.** Permite una relación adecuada entre individuo y Estado, **e.** Separación de roles y funciones del Ministerio Público y el Poder Judicial, **f.** El juicio oral público y contradictorio es la fase central del proceso, **g.** A través de la litigación y, con ella, la promoción del contradictorio y la confrontación, el Juez decide imparcialmente, de manera más informada, escuchando las versiones del acusador y del acusado sin que prejuicios de clase alguna puedan influir en el juicio de responsabilidad, **h.** Se reconocen los derechos básicos del debido proceso a favor del imputado, **i.** Garantiza a las partes el derecho a ser oído, a contrainterrogar testigos, presentar prueba de defensa y a tener un juicio justo e imparcial para ambas partes, **j.** Descansa sobre premisas relacionadas con la *confrontación* como un método de presentar prueba que permita al juzgador tomar una decisión imparcial.
- 19 Coherente con un modelo que coloca al juicio como fase central del proceso y a la oralidad como su principal método, el Código Procesal Penal de 2004 adapta una serie de

En suma, se trata de establecer como disposición general un basamento constitucional que garantice no solo el trato a brindarse a quienes resulten imputados de un hecho ilícito sino también la esencial garantía de la tramitación de un proceso donde existen deberes y derechos para las partes intervinientes en él²⁰.

Sin lugar a dudas, el Código Procesal Penal peruano de 2004, se adscribe desde su pórtico a diversas garantías de expreso reconocimiento constitucional en nuestra Norma Fundamental, y a otros principios de naturaleza procesal que forman parte de los contenidos implícitos del debido proceso, y que, en el presente trabajo, abordaremos solo algunos de ellos por ser inspiradores del nuevo modelo de proceso que postula este instrumento normativo, e inciden en su operatividad. Señalamos los siguientes:

3.1. Principio Acusatorio

La constitucionalidad del principio acusatorio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, al señalar que tal principio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: **a)** Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; **b)** Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada;

elementos del modelo adversativo como: **a.** La prueba es aportada por las partes y solo por excepción de oficio, **b.** El juicio de admisibilidad de las pruebas ofrecidas en principio está a cargo de un juez distinto del que conocerá el juicio, **c.** El interrogatorio de los testigos y peritos corre por cuenta de las partes, el juez se convierte en un moderador del debate y solo interviene para pedir se aclare algún concepto o cubrir algún vacío, cuidando de no sustituir la actividad de las partes, **d.** Introduce el interrogatorio directo y el contra interrogatorio, con la posibilidad de que el juez autorice un nuevo interrogatorio por las partes a los testigos y peritos, **e.** Las partes controlan la producción de la prueba en el juicio mediante las objeciones, **f.** El acusado tiene derecho a no declarar y a no autoincriminarse, **g.** Se limita al juez el conocimiento de las diligencias practicadas en la investigación preparatoria, mediante la formación del cuaderno para el debate, **h.** Se incorpora la conformidad con la acusación, de modo tal que con ello se elimina la contienda, aún cuando en algunos casos se podrá discutir la pena o reparación civil.

20 GRANARA, Alberto David. *Derecho procesal penal*, p. 107.

c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda relación directa con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, la de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de esta, el proceso debe llegar a su fin²¹.

Como se aprecia, el principio acusatorio promueve una distribución definida de funciones. Quien acusa no decide. No puede existir una doble función, pues ello desnaturalizaría la esencia del modelo procesal. La función del Ministerio Público no es en ningún caso decisoria ni sancionatoria, pues no dispone de facultades coactivas ni de decisión directa en lo que resuelva la judicatura²².

Un proceso acusatorio refleja un enfrentamiento de partes. Una de las primeras notas características del sistema acusatorio que señala el Código la encontramos en el artículo 155, inciso 2: Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. La ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio (inciso 3).

Otra característica del modelo acusatorio está constituida por la aportación de prueba por las partes en la fase intermedia y bajo el control del juez para la investigación preparatoria, órgano jurisdiccional distinto al juez encargado del juicio. Es decir, que al Fiscal le corresponderá aportar su prueba en su dictamen acusatorio (artículo 349.1h) y a las partes ofrecer las que estimen convenientes para su defensa en el juicio (artículos 350.1f), así como cuestionar a los testigos y peritos por la parte adversa, todo lo cual será materia de pronunciamiento en la audiencia preliminar que convoque el juez para la investigación preparatoria (artículos 351 y 352).

Asimismo, en un modelo acusatorio es consustancial que la prueba se produzca en el juicio, en tal sentido, el Código en su artículo 393 ha sido claro al establecer que el juez no podrá utilizar, para la deliberación,

-
- 21 Cfr. Exp. N° 2005-2006-HC/TC. FJ. N° 5-7. Caso: *Manuel Enrique Umbert Sandoval*; Exp. N° 1939-2004-HC/TC. FJ. N° 17. Caso: *Ricardo Ernesto Gómez Casafranca*; Exp. 3390-2005-HC/TC. FJ. N° 17: Caso: *Jacinta Margarita Toledo Manrique*.
- 22 Cfr. Exp. N° 02953-2005-PHC/TC. FJ. N° 2. Caso: *Jaime Walter Correa Campos*.

pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio. Por tanto, todas las declaraciones de los testigos y peritos se tendrán que practicar en el juicio, la prueba material y documental incorporarlas mediante su exhibición en el juicio en el momento en que declaran quienes lo han producido o conocen sobre su contenido o mediante su lectura si aquello no es posible.

No se trata, por ejemplo, que en el juicio (propio de un proceso acusatorio y adversativo) se lea simplemente un acta de incautación, sino que concurra al juicio el policía que lo levantó para que declare cómo se produjo tal incautación y las circunstancias en que se extendió dicha acta, y sobre todo para someterse al interrogatorio y contra interrogatorio por las partes. Tampoco se trata de dar lectura a los dictámenes periciales, sino que los peritos expongan sus conclusiones y los elementos científicos y técnicos que se emplearon para arribar a las mismas.

Otra de las características más notorias del modelo acusatorio la encontramos en el artículo 375.3: El interrogatorio directo de los órganos de prueba (testigos y peritos) corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes. Al juez, durante el desarrollo de la actividad probatoria, le corresponde ejercer sus poderes para conducirlo regularmente.

Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.

Finalmente, el modelo acusatorio se caracteriza por el debate o discusión sobre la prueba practicada por las partes, en igualdad de armas, mediante los llamados alegatos finales o de clausura (artículo 386 a 391 del nuevo Código Procesal Penal).

3.2. Juicio Previo

Este principio exige que toda condena debe ser el resultado de un proceso, es decir, proclama la garantía de que nadie puede sufrir pena sin un proceso previo. Por ende, no cabe condena que no sea resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Este principio reafirma el papel del Estado como único titular del poder represivo (Justicia penal estatal).

La garantía en examen se conecta necesariamente con todas las demás: que el proceso judicial sea sustanciado ante un juez natural, independien-

te e imparcial, garantizando al acusado su derecho de defensa; que éste sea previamente notificado de los cargos en su contra; que pueda designar y comunicarse previamente con su abogado, entre otras previsiones. El procedimiento previo, no es cualquier proceso que puedan establecer a su arbitrio las autoridades públicas competentes para llevarlo a cabo. Al contrario se trata de un procedimiento jurídico, reglado por la ley, que define los actos que lo componen y el orden en que se los debe llevar a cabo²³.

El Código Procesal Penal establece con claridad que lo más importante del modelo, es la garantía de que nadie puede ser penado sin juicio, lo que convierte al juicio oral en un derecho de todas las personas²⁴. En este proceso deben observarse las formas y solemnidades de los actos que lo integran, así como el orden y el tiempo que ha de emplearse; la intervención de los sujetos procesales y las diversas oportunidades que les faculta para cumplir sus deberes o ejercer sus poderes o hacer valer sus intereses²⁵.

3.3. Oralidad

La oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura, alterando de manera sustancial la forma, y disponiendo cuál será el papel que esta cumplirá en el marco de la tramitación de los casos penales²⁶.

Más aún, la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. En especial, ella sirve para preservar el principio de inmediación, la publicidad del juicio y la personalización de la función judicial²⁷.

Se puede afirmar, entonces, que el valor de la oralidad radica en su utilidad como medio que permite asegurar la intervención de los sujetos en el proceso de acuerdo al rol asumido, además de lograr que se genere información de calidad en las audiencias que se celebren durante el

23 MALJAR, Daniel E. *El proceso penal y las garantías constitucionales*, pp. 142-143.

24 BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal peruano*, p. 52.

25 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás/ RABANAL PALACIOS, William/ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, p. 23.

26 BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*, p. 79.

27 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho procesal penal*, p. 100.



proceso. Decimos primero que logra el cumplimiento cabal de los roles asignados en tanto obliga a los operadores a intervenir en un momento y espacio determinados, imposibilitando demoras innecesarias o delegación de funciones, en especial en el caso de los magistrados. Y permite producción de calidad, pues el diálogo directo entre los sujetos se convierte en la mejor de las vías para aclarar los hechos, determinar responsabilidades, comprobar la concurrencia de supuestos normativos, entre otras particularidades.

A través de la oralidad, los juzgadores tienen un conocimiento más profundo de los sujetos procesales que intervienen en el juicio y de los hechos materia de acusación, los cuales deberán dilucidarse con los medios de prueba aportados en dicha etapa procesal²⁸.

Ahora bien, el nuevo Código introduce la oralidad como una herramienta fundamental para la toma de decisiones dentro del proceso, referidas a los medios de defensa, la tutela de los derechos del imputado, la convalidación de la detención preliminar, el control del plazo de la detención, la imposición de la detención preventiva, la nulidad de las transferencias, etc. Decisiones todas que tienen una incidencia gravitante en el desarrollo del proceso y de los derechos del procesado²⁹.

Con el Código Procesal Penal de 2004, la oralidad está presente no solo durante el juicio oral, sino también en la investigación preparatoria y la fase intermedia a través de las audiencias preliminares. En efecto, entre los aspectos de mayor relevancia e innovación que trae consigo este código, está la introducción de la oralidad durante la investigación. Las decisiones en esta fase ya no se darán por escrito sino que serán producto de audiencias preliminares³⁰, en las que participarán las par-

28 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás/ RABANAL PALACIOS, William/ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, p. 27.

29 ORE GUARDIA, Arsenio/ RAMOS DÁVILA, Liza. *Del modelo inquisitivo al acusatorio. A propósito de la próxima puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004*, p. 119.

30 Entre estas audiencias podemos citar las siguientes: **a)** Cuando el Fiscal rechaza la solicitud de las partes de realizar diligencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos (artículo 337.4), **b)** Audiencia de control del plazo (artículo 343) cuando el Fiscal, habiéndose vencido el plazo de la investigación no la da por concluida, **c)** Audiencia de prueba anticipada. El NCPP prevé la posibilidad de una audiencia preliminar de prueba anticipada, tal como lo establece el Código italiano (incidente probatorio), **d)** En la aplicación de los criterios de oportunidad (Artículo 2.7), **e)** Para resolver medios de defensa técnica (Artículo 8.3), **f)** Para resolver pedido de tutela del imputado por infracción de sus derechos durante la investigación preparatoria (Artículo 71.4), **g)** Para emitir el auto

tes, quienes deberán exponer sus peticiones y argumentos, los cuales deben ser resueltos de la misma forma por el Juez de la Investigación Preparatoria.

Asimismo, con este novísimo Código, el juicio oral se vuelve mucho más dinámico, en él las partes sustentarán sus alegatos y petitorios oralmente, debiendo el Juez responder mediante el mismo mecanismo y durante la audiencia, lo cual implica que los operadores penales necesitan capacitarse en el modelo acusatorio, ensayando técnicas de litigación oral, lo que no debe confundirse con técnicas de disertación. Lo que se busca no son buenos oradores, sino buenos litigantes que hagan del derecho procesal penal un mecanismo de solución justa a la controversia.

La oralidad permite que mediante la palabra las partes y los órganos de prueba incorporen sus declaraciones, las mismas que podrán ser controladas directamente mediante las denominadas observaciones u objeciones.

En esta línea, el artículo 361 del Código establece que la audiencia se realice oralmente. La oralidad es el medio apropiado para la práctica de la prueba, ya que a través de la misma se expresan las partes, los testigos y los peritos. La oralidad permite la concentración –sumamente útil para valorar relacionadamente todos los elementos que influyen en la sentencia–, garantiza la inmediación, insoslayable en un régimen de libre valoración de la prueba y da sentido a la publicidad³¹.

Los que concurren al juicio oral en condición de órganos de prueba deberán declarar espontáneamente, en base a su memoria y a través de la palabra, de modo que puedan ser oídas directamente por los jueces. La lectura daña severamente la inmediación de los jueces y el contradictorio. La mera lectura de escritos, declaraciones, actas y dictámenes periciales no constituyen oralidad, ya que quienes lo han emitido deberán reproducirlos en juicio a viva voz, pues esa es la única manera de controlar su fiabilidad probatoria y hacer realidad el principio de contradicción. Solo por excepción se permite la lectura de ciertos medios de prueba (artículo 383 del nuevo Código Procesal Penal).

de convalidación de la detención preliminar (Artículo 266.2), así como la procedencia de la detención preventiva (Artículo 271.1,2), h) En la determinación de la prolongación de la detención (Artículo 274.2,3).

31 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara/ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y otros. *Derecho procesal penal*, p. 67.



Como se ha dicho, la audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. La audiencia podrá registrarse también mediante un medio técnico. Toda petición o cuestión propuesta en audiencia será argumentada oralmente, al igual que la recepción de las pruebas y, en general, toda intervención de quienes participan en ella. Está prohibido dar lectura a escritos presentados con tal fin, salvo quienes no puedan hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, en cuyo caso intervendrán por escrito, salvo que lo hagan por medio de intérprete. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.

3.4. Publicidad

La garantía de la publicidad alcanza el mayor grado de materialización en la etapa del juicio oral, pues durante la investigación rige el principio de reserva. Esta, sin embargo, no excluye en modo alguno la participación de la defensa.

La vigencia de este derecho implica que los juicios puedan ser conocidos más allá del círculo de personas presentes en los mismos, pudiendo tener así una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia del público y de los medios de comunicación, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. El principio de publicidad tiene una doble finalidad: **a)** Proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y, **b)** Mantener la confianza de la comunidad en los tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio uno de los pilares del Estado de Derecho³².

La publicidad no constituye un derecho absoluto, sino que puede ser limitado en beneficio de determinados motivos previstos por las leyes procesales ordinarias³³. En este sentido, la Norma Fundamental, en su artículo 139, inciso 14, establece “la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley”. Tal disposición básicamente relaciona la publicidad de los procesos con la parte oral de los mismos. Similar prevención estatuye en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

32 PICOY I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 116.

33 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*, p. 208.



ticos en su artículo 14.1: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”.

Este principio adquiere importancia inusitada por su carácter político: sirve al sistema democrático, pues el público controla la labor de los jueces. Sin embargo, la publicidad no se restringe a una parte de los procesos, sino que incluye a todas sus etapas, y en tal sentido debe ser entendida. No obstante, se pueden poner límites a tal publicidad, a través de una norma de desarrollo legal³⁴.

La publicidad puede expresarse en dos niveles. La publicidad *interna* del procedimiento, que atañe fundamentalmente a los sujetos del proceso; y la publicidad *externa*, que es la orientada a enterar al público en general. Esta última se subdivide, a su vez, en inmediata y mediata. La *inmediata* opera cuando quien se informa lo hace por sí mismo y la *mediata* cuando lo hace a través de un medio de comunicación. La publicidad en ambos casos se concreta a través del libre acceso a las audiencias³⁵.

El nuevo Código Procesal penal señala la excepción al principio de publicidad cuando se trata de tutelar intereses superiores, tal es el caso del derecho al honor de una persona y los casos de los delitos contra la libertad sexual. Los juicios por responsabilidad de los funcionarios públicos, por delitos cometidos por medio de la prensa y que afecten derechos fundamentales siempre serán públicos³⁶.

El artículo 357 del Código Procesal Penal ha previsto restricciones al principio de publicidad autorizando al juez a que mediante auto debidamente motivado pueda disponer que el acto oral se realice total o parcialmente en privado en los casos expresamente previstos en dicha

34 Cfr. EXP. N° 2262-2004-HC/TC. FJ. N° 19 . Caso: *Carlos Laureano Ramírez De Lama*.

35 LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Publicidad de los procesos*, p. 229.

36 VERAPINTO MÁRQUEZ, Otto Santiago. *La responsabilidad funcional del fiscal frente al principio de reserva de la información*, p. 249.

norma, esto es, supuestos como el pudor, vida privada, integridad física de alguno de los participantes en el juicio, el orden público o la seguridad nacional, los intereses de la justicia o cuando esté previsto en una norma específica.

Se faculta también al juzgador a disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las medidas siguientes: prohibir el acceso y ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencia cuando afecten el orden y el decoro del juicio, reducir el acceso de público, ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, grabadoras, etc., siempre que considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.

3.5. El derecho de defensa

El derecho de defensa está concebido como un derecho fundamental esencial para el debido proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción y con igualdad de armas.

El derecho de defensa es un derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le puede atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se le concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano³⁷.

El derecho de defensa como garantía de un debido proceso penal comprende una serie de derechos derivados, como son los de conocer los fundamentos de la imputación, y, si el imputado se halla detenido, los motivos de su detención, a fin de que pueda ejercer su defensa de manera eficaz y logre recobrar su libertad lo más pronto que sea posible.

Así también, de capital importancia, resulta la concesión y disposición de los medios adecuados para la preparación de la defensa lo que se relaciona con las facilidades que debe tener el justiciable y su abogado en el acceso al expediente, en el conocimiento oportuno de la imputación, a las condiciones físicas o logísticas donde éste debe adquirirse. El núcleo esencial de este derecho reside en poder disponer de los ac-

37 GIMENO SENDRA. *Constitución y proceso*, p. 89.



tuados o piezas judiciales donde se discute un derecho o se concreta la actividad jurisdiccional, más aún cuando se trata de un proceso penal en donde se imputa a un ciudadano la comisión de un delito³⁸.

Asimismo, la vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas³⁹.

Con igual predicamento, el derecho a conocer los cargos, se cautela con la obligación, por parte de la autoridad responsable, de informar en forma clara y razonada los hechos que se atribuyen al procesado y el delito que supuestamente configuran; y no, por tanto, en forma abstracta, o citando únicamente determinadas disposiciones legales.

El Tribunal Constitucional, ha establecido que el derecho de defensa es un elemento del debido proceso, reconocido expresamente en el artículo 139.14 de la Constitución. Como lo ha señalado este Tribunal el contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos. El derecho de defensa implica el derecho de conocer en su integridad los cargos formulados en contra del justiciable, ya que solo así es posible ejercer la defensa de una manera idónea y eficaz. Esto concuerda con lo establecido en el artículo 14.3,a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual "toda persona acusada de un delito tendrá derecho a ser informada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella". Asimismo, La Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2,b), reconoce "el derecho de toda persona a la comunicación detallada de la acusación formulada en su contra"⁴⁰.

Este derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego y los principios constitucionales que lo informan, pues, no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema

38 CASTILLO ALVA, José Luis. *El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa*, p. 133.

39 PICOY I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 102.

40 Cfr. Exp. N° 0129-2005-HC/TC. FJ. N° 3. Caso: *María Luisa Cotillo Aliaga*.



–la pena criminal–, y esta actuación puede significar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más sagrado de sus derechos fundamentales⁴¹.

El derecho de defensa admite dos modalidades, la *defensa material* que la realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial, fiscal o judicial, y, la *defensa técnica*⁴², que ha de ser ejecutada por un abogado elegido por el imputado, en caso contrario, el órgano jurisdiccional le designará un Defensor de Oficio.

A mayor abundamiento, hay que señalar que la **defensa material** consiste en el derecho del imputado a realizar su propia defensa: contestando la imputación, negándola, manteniéndola en silencio o allanándose a la pretensión punitiva del Ministerio Público. Así, el Tribunal Constitucional define a la defensa material como el derecho del imputado de ejercer su propia defensa (Cfr. Exp. N° 1323-2002-HC/TC. FJ. N° 2. Caso: *Silvestre Espinoza Palomino*). De otro lado, la **defensa técnica** es una exigencia necesaria en el proceso penal. Consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos, controlar la legalidad del procedimiento, realizar el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho, o recurrir a las resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional define a la defensa técnica como el asesoramiento y patrocinio por un abogado mientras dure el caso penal (Cfr. Exp. N° 1323-2002-HC/TC. FJ. N° 2. Caso: *Silvestre Espinoza Palomino*)⁴³.

Cabe precisar, que el derecho a la asistencia letrada persigue un doble fin: **a)** Garantizar que las partes puedan actuar en el proceso de la forma más conveniente para sus derechos e intereses jurídicos, y defenderse debidamente contra la parte contraria; y, **b)** Asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción,

-
- 41 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, p. 129.
- 42 La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia N° T-432 de 1997, ha señalado: “La mera presencia de un abogado defensor no necesariamente significa que el derecho al que se hace referencia [defensa técnico] se hizo efectivo en esta diligencia; si al abogado no se le permite conocer el sumario, este asesor no puede cumplir con su tarea, por más calificado y experimentado que sea”.
- 43 AA.VV. *Manual de la investigación preparatoria del proceso penal común conforme a las previsiones del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 (NCP)*, pp. 69-70.



que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición de las partes o limitaciones en la defensa que puedan conducir a algunas de ellas a un resultado de indefensión⁴⁴.

El Código Procesal Penal de 2004 admite en su articulado diversas manifestaciones del derecho de defensa del imputado, entre estas tenemos: **a)** Información de sus derechos y de la imputación: Artículos 71 y 87; **b)** El ejercicio del derecho de defensa desde las investigaciones preliminares, Artículo 71.2.; **c)** Defensa material y técnica, Artículo 71.1.; **d)** Derecho a acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria; **e)** El abogado defensor goza de todos los derechos, Artículo 84; **f)** Intervención del abogado defensor en la actividad probatoria, Artículo 84, incisos 3 a 5; **g)** Nulidad absoluta de una actuación procesal, si no hubo abogado, Artículo 150, literal "a"; **h)** Nulidad absoluta de una actuación procesal, por inobservancia del contenido esencial de derechos constitucionales, Artículo 150, inciso "d".

3.6. Principio de imparcialidad judicial

Este principio garantiza que los órganos jurisdiccionales que deciden controversias deben ser terceros neutrales, esto es, que no posean ningún interés económico sobre el objeto de la *litis* ni relación personal (amistad, parentesco, etc.) con las partes⁴⁵.

La imparcialidad como atributo de la jurisdicción significa amenidad del juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separarse de la acusación, para que finalmente adquiera ese hábito intelectual y moral que le permite juzgar con equidistancia⁴⁶, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones ni tener perjuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia. No es casual que el triángulo con que se grafica esa situación siempre sea equilátero; tampoco que la justicia se simbolice con una balanza, cuyos dos platillos están equilibrados y a la misma distancia del fiel⁴⁷.

44 PICOY I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 106.

45 MALJAR, Daniel E. *El proceso penal y las garantías constitucionales*, p. 68.

46 FALCONE, Roberto A. *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*, p. 51.

47 CAFFERATA NORES, José L. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, p. 136.



Nos encontramos ante la exigencia mediante la cual se persigue que el funcionario encargado de la resolución jurídica del conflicto criminal no posea algún interés particular más allá de la correcta aplicación de las normas del derecho penal⁴⁸.

Entonces, la imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, que éste se encuentre en la mejor situación psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto planteado⁴⁹ ante él.

La diferenciación entre *acusación*, por un lado, y su *examen* por un juez, por otro, ratifican el modelo de enjuiciamiento de la Constitución, y le agregan, expresamente, un componente que es motivo de estas reflexiones: *la imparcialidad* de quien debe examinar y decidir sobre la acusación, es decir, del juez, orientada a la *igualdad* procesal entre el acusador y acusado, como presupuesto de la defensa de éste, basado en la igual posibilidad de ambos de contraponer afirmaciones, negaciones, pruebas y argumentaciones, que puedan influir sobre el resultado final del proceso.

Reiteramos, que la posición del Juez en el proceso debe ser la de un tercero, neutral, despojado de toda inclinación respecto a una de las partes, así como de interés en el objeto del proceso. Su tarea debe restringirse a resolver el conflicto sometido a su conocimiento. En este sentido, debe preservarse al juez de cualquier intromisión en el momento final de su decisión, que constituye el núcleo de la institución. El juez se encuentra sometido, exclusivamente, al ordenamiento jurídico.

Cabe precisar, que la tradición en nuestro país ha sido que, antes del Juicio oral, la Sala conoce en su integridad el expediente con las actuaciones realizadas durante todo el proceso. La tendencia ahora es que el Juez resuelva en atención a lo que escucha en el juicio oral. En tal sentido, los ordenamientos que acogen el modelo acusatorio colocan al Juez con el mínimo de información posible sobre los hechos materia de juzgamiento, por ejemplo, el Código Procesal Penal de Chile dispone que el Juez de garantía (en nuestro caso el Juez de la investigación preparatoria) solo puede remitir al Tribunal (en nuestro caso Juez Penal) el

48 CARO CORIA, Dino Carlos. *Las garantías constitucionales del proceso penal*, p. 1035.

49 PICÓ I JUNOT, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación*, p. 23.



auto de apertura del juicio oral, cautelándose así la imparcialidad del juzgador. En efecto, los documentos que las partes deseen presentar como prueba deben incorporarse a través de su lectura en el juicio, con las limitaciones que el propio Código establece. Serán las partes las que, con ocasión del interrogatorio de un testigo o de un perito, los presentarán en el debate, para su autenticación, o, simplemente, procederán a su lectura, solicitando se les tenga por incorporados⁵⁰.

Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido una dicotomía (Caso Piersack C. Bélgica [STEDH 1 octubre 1982]) que suele ser recurrentemente aludida por la doctrina nacional y comparada en el momento de desentrañar la capacidad de rendimiento del juez imparcial. Dicho Tribunal ha señalado que el magistrado que habrá de conocer y resolver un caso concreto deben verificarse dos tipos de condiciones: unas que hacen a su convicción personal respecto del caso concreto y a las partes, acuñadas bajo la denominación de *imparcialidad subjetiva*, y otras que hacen a si el juzgador ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable respecto de la corrección de su actuación, acuñadas bajo la denominación de *imparcialidad objetiva*⁵¹.

3.7. El Principio de igualdad procesal

Este principio deriva del principio genérico de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución de 1993, y, resulta vulnerado, cuando el legislador crea privilegios procesales carentes de fundamentación constitucional alguna o bien el legislador, o bien el órgano jurisdiccional crean posibilidades procesales que se le niegan a la parte contraria⁵².

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesario la perfecta igualdad de las partes: que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes de la acusación⁵³. El principio de igualdad de armas supone que tanto la acusación como

50 HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*, p. 63.

51 ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos. *¿Por qué el juez que discrepa del dictamen no acusatorio no puede ser juez de la sentencia?*, p. 144.

52 GIMENO SENDRA, Gimeno/ MORENO CATENA, Víctor/ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*, p. 74.

53 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. 1995, p. 614.



la defensa cuenten con igualdad de posibilidades probatorias, de modo tal que ambas obtienen protección jurídica de igual nivel⁵⁴.

Se debe anotar que, el principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. De conformidad con esta proclama garantista, los jueces y magistrados de la Nación se obligan a preservar y a respetar el principio de igualdad procesal (igualdad de armas), para lo cual se comprometen a eliminar y a sortear cualquier obstáculo o barrera que impida al sujeto hacer efectivo las facultades y derechos que le asisten en el procedimiento penal⁵⁵.

Entonces, el derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio⁵⁶.

3.8. El Principio *Ne bis in idem*⁵⁷

Modernamente se le enuncia como la prohibición de la doble o múltiple persecución penal. La prohibición de incurrir en *bis in idem* atiende al derecho que posee toda persona a no ser procesada ni sancionada dos o más veces por los mismos hechos⁵⁸.

Este principio, se refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa –la intervención del aparato estatal en procura de una condena–, solo se pueda poner en marcha una vez. El poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho⁵⁹.

54 REYNA ALFARO, Luis M. *El Código Procesal Penal y la nueva configuración del proceso penal. Una aproximación desde el derecho de defensa*, p. 64.

55 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, p. 68.

56 PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, p. 132.

57 Este principio tiene fundamento en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos fundamentales, tales como: La Convención Americana de Derechos Humanos (Artículo 8.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14.7) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Artículo 4 del Protocolo 7). Si bien no ha sido reconocido expresamente en nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado en diversos pronunciamientos que es una garantía implícita en el derecho al debido proceso (Cfr. Exp. N° 8125-2005-HC/TC. FJ. N° 24. Caso: *Nelson Jacob Gurman*).

58 ALCOCER POVIS, Eduardo. *La prohibición de incurrir en bis in idem*, p. 111.

59 BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*, p. 163.

En efecto, la prohibición *Ne bis in idem*, la cual significa “no dos veces sobre lo mismo”, ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez, es decir, que no debe resolverse dos veces el mismo asunto⁶⁰.

Este axioma prohíbe que se le impute más de una vez (*Non bis in idem*) una misma conducta punible a una persona⁶¹. Se le entiende como el no juzgamiento de una misma cosa dos veces, o “prohibición de doble valoración”. Con ello se impide la injusticia que deviene de la reiteración de un proceso o del exceso de una pena. Lo primero, por cuanto prolonga, reproduciendo, la aflictiva situación de padecer un proceso penal; no importa que se haya sido absuelto en un primer proceso, y que incluso se reitere esa absolución en el segundo. Es la inseguridad y la incertidumbre lo que viene a constituirse como un gravamen, que atenta no solamente contra el perseguido penalmente, sino también contra la nobleza de la justicia, que pierde su credibilidad y legitimación⁶².

San Martín Castro señala que, desde la perspectiva procesal, el *Ne bis in idem* es un derecho constitucional a no ser enjuiciado dos veces por el mismo delito y su fundamento se halla en las exigencias particulares de libertad y seguridad del individuo⁶³.

Entonces, el *Ne bis in idem* es un principio que impide que una persona pueda ser sancionada o procesada dos o más veces por lo mismo. Visto desde una perspectiva material, este principio expresa la imposibilidad de que recaigan dos o más sanciones sobre una misma persona por el mismo hecho; mientras que, desde una perspectiva procesal, expresa la imposibilidad de que un mismo hecho pueda dar lugar a más de un procedimiento, sin importar si estos procedimientos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

60 BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal (Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio)*, p. 388.

61 Esta prohibición, es conocida en la jurisprudencia de los EE.UU. como *double jeopardy clause*. En efecto, la jurisprudencia de Estados Unidos de Norteamérica, también ha sentado muchos precedentes en materia de aplicación del principio *Ne bis in idem* que incluso derivó que se incorpore la Quinta Enmienda de la Constitución de este país, una cláusula disponiendo que “Nadie será sometido por el mismo delito dos veces a un juicio que puede causarle la pérdida de la vida o de algún miembro”.

62 TOCORA, Fernando. *Principios penales sustantivos (Código Penal de 2000)*.

63 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, p. 104.



Es decir, proscribire toda persecución sancionatoria sucesiva o simultánea⁶⁴.

De otro lado, para determinar cuándo se está ante la presencia de una misma persecución penal, es preciso establecer la presencia de tres identidades que deben concurrir inescindiblemente: **a)** La misma persona (*eadem persona*); **b)** El mismo hecho (*eadem res*); **c)** El mismo fundamento de persecución (*eadem causa petendi*).

En este punto importa destacar las críticas que se formulan contra el elemento identidad de fundamento, que el Tribunal Constitucional entiende como lesión de un mismo bien jurídico, debido a que no soluciona aquellos casos en los que confluyen sanciones penales y administrativas.

Con relación a la cuestión de la duplicidad de procesamientos y condena en sede penal y administrativa, el Código Procesal Penal de 2004 intenta superar este problema, consagrando expresamente la preeminencia del derecho penal sobre el derecho administrativo en el artículo III de su Título Preliminar, que señala: “Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo”.

En cuanto al ámbito de las resoluciones que protege el *Ne bis in idem*, el Tribunal Constitucional ha señalado que este principio no se circunscribe a las sentencias definitivas, sino que comprende también las resoluciones de sobreseimiento definitivo de una causa⁶⁵. En esto coincide con lo prescrito en el artículo 347.2 del Código Procesal Penal de 2004, que reconoce a tal resolución la autoridad de cosa juzgada. El Tribunal Constitucional ha señalado además, en un reciente fallo, que la decisión fiscal de “no ha lugar a formalizar denuncia penal”, cuando se basa en el supuesto de que el hecho no constituye delito, se encuentra protegida también por esta garantía⁶⁶. Los mismos argumentos expresados por el Tribunal pueden ser utilizados para otorgar tal carácter a la disposición fiscal de archivo de las diligencias preliminares del nuevo Código Procesal Penal, siempre que se trate del mismo supuesto.

64 Tal distinción la realiza también el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, como es el caso de la Sentencia recaída en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC. FJ. 18. Caso: *Carlos Ramos Colque*, y en el Exp. N° 0729-2003-HC/TC. FJ. 3. Caso: *Marcela Gonzales Astudillo*.

65 Cfr. Exp. N° 8123-2005-PHC/TC. FJ. 16 y 19. Caso: *Nelson Jacob Gurman*; y Exp. N° 4989-2006-PHC/TC. FJ. 30. Caso: *Jhon Mc. Carter y otros*.

66 Cfr. Exp. 2725-2008-PHC/TC-Lima. FJ. 14 y 15. Caso: *Roberto Chauca Temoche*.

3.9. Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia es aquella construcción jurídica, de grado *iuris tantum*, que incide en el proceso penal, básicamente, en la actividad probatoria, pues impone al órgano estatal de persecución penal la carga de demostrar la culpabilidad del imputado mediante la actuación de pruebas indubitables.

Correlativamente, el imputado se encuentra exento de demostrar su inocencia. Si bien la esencia de este principio radica en la consideración del imputado como inocente, sin embargo, su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se comprobado responsabilidad penal alguna, y por tanto, no se le puede tratar como culpable⁶⁷.

Asimismo, la presunción de inocencia se proyecta como límite de la potestad legislativa y criterio interpretador de las normas vigentes, poseyendo su eficacia en un doble plano: a) En las situaciones **extraprocesales**: constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o partícipe en hechos análogos a estos. b) En el terreno **procesal**: este derecho determina una presunción con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba significando: a) la necesidad de que toda condenada vaya precedida de una actividad probatoria, b) que las pruebas sean tales y constitucionalmente legítimas, c) que la carga de la prueba corresponda a los acusadores⁶⁸.

Al abordar el contenido de la presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional ha dejado entrever la estrecha relación que guarda este derecho con el principio de libre valoración de la prueba⁶⁹. Así, ha acotado que “en nuestro ordenamiento la prueba se rige por el sistema de valoración razonable y proporcional (‘Sana Crítica’). En virtud de ello, el juzgador dispone de un sistema de evaluación de los medios probatorios sin que estos tengan asignado un valor predeterminado (‘Tarifa Legal’)”⁷⁰. No obstante, “la valoración de la prueba debe estar debi-

67 BURGOS MARIÑOS, Víctor. *Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal peruano*, p. 64.

68 AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la Constitución española*, p. 95.

69 Cfr. Exp. N° 10107-2005-PHC/TC. FJ. N° 5. Caso: *Noni Cadillo López*.

70 Cfr. Exp. N° 0198-2005-HC/TC. FJ. N° 2. Caso: *James Louis King*.



damente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado”⁷¹.

Tal desarrollo jurisprudencial resulta notable, dado que nuestro Tribunal ha coadyuvado a cimentar y garantizar –de manera efectiva– el derecho a la presunción de inocencia. Por lo demás, esta línea jurisprudencial también resulta acorde con el modelo de valoración probatoria adoptado por el nuevo Código Procesal Penal, a saber, un modelo de valoración racional de la prueba, en la medida que contiene un conjunto de normas generales y específicas que constituyen pautas racionales, objetivas y controlables que permiten garantizar un elevado estándar de suficiencia probatoria compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia⁷². Dentro de estas pautas o reglas de valoración probatoria, resultan destacables: los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos (Artículo 393.2 NCPP).

Si bien en nuestro tradicional sistema, el principio de presunción de inocencia siempre ha exigido la *certeza* para destruir el estado de inocencia, el nuevo Código Procesal señala que para ello se “*requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales*” (Artículo I, TP).

En efecto, la presunción de inocencia impone un control de los cauces a través de los cuales se forma la convicción del juzgador en torno a la certeza positiva o negativa de los hechos objeto del proceso penal. O, en otros términos, no todos los materiales obrantes en el proceso y que sean, en principio, aptos para proporcionar un convencimiento sobre los hechos pueden ser utilizados como fuente de convencimiento del juzgador. En este sentido para poder fundar la convicción del juzgador acerca de la culpabilidad del imputado, debe haberse practicado con total respeto de las garantías constitucionales y legales⁷³.

Ahora bien, un proceso penal regido por el principio acusatorio, confiere al fiscal la facultad persecutoria y la carga de la prueba (*onus probandi*). En este sentido es el órgano requirente el destinado a probar

71 Cfr. Exp. N° 6712-2005-HC/TC. FJ. N° 15. Caso: *Magali Medina Vela*.

72 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, p. 109.

73 CEDEÑO HERNÁN, Marina. *Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia nacional*, p. 204.

la culpabilidad del imputado, y para tal fin, deberá acopiar suficientes elementos de pruebas incriminatorios susceptibles de poder enervar y destruir el estado jurídico de inocencia⁷⁴.

La presunción de inocencia implica, entonces, los siguientes presupuestos: **1)** Solo la sentencia tiene la virtualidad de construir jurídicamente la culpabilidad del imputado; **2)** La responsabilidad implica la adquisición de un grado de certeza a través de una mínima actividad probatoria; **3)** El imputado no tiene que construir su inocencia; **4)** El imputado no pierde el estado de inocencia⁷⁵.

Desde la perspectiva del nuevo Código Procesal Penal, se puede precisar que las notas esenciales del principio de presunción de inocencia son: **a)** La carga material de la prueba le corresponde a la acusación (Artículo 65.1); **b)** Por prueba como regla general se entiende la practicada en el juicio oral (Artículo 356); **c)** No son actos de prueba sino objeto de prueba los atestados policiales, los cuales procesalmente tienen valor de denuncia; **d)** Tampoco son medios de prueba las declaraciones de los policías vertidas en el atestado policial, siendo necesario que tales funcionarios declaren en el juicio oral, debiendo en tal caso que sus declaraciones sean aplicadas como declaraciones testificales, en cuanto se refieren a los hechos de conocimiento propio; **e)** El órgano jurisdiccional de instancia es soberano en la libre apreciación de las pruebas (Artículo 393).

Es de destacar, que el artículo II del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, engarza la garantía del *in dubio pro reo* como componente de la presunción de inocencia, que obliga al juez a resolver la causa de fondo a favor del imputado, toda vez que, luego de realizada la correspondiente actuación y valoración probatoria, subsiste duda razonable sobre la responsabilidad penal del justiciable. Es así que este Código ha estipulado que “*en caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*”.

En este sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional. Así, en la sentencia recaída en el expediente N° 0828-2005-HC/TC (FJ. 15 y 16. Caso: Porras Oroya), estableció que: “[*El in dubio pro reo*] es aplicable al emitir pronunciamiento de fondo terminal, sobre la responsabili-

74 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, p. 73.

75 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás/ RABANAL PALACIOS, William/ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, p. 34.



dad o irresponsabilidad penal del procesado, que incidirá inevitablemente en su libertad individual, dado que en etapas anteriores a la sentencia se encuentra vigente la presunción de inocencia, que es garantía del debido proceso reconocido por la Norma Suprema. Consecuentemente, encontrándose en trámite el proceso penal seguido al recurrente, es en su desarrollo en el que éste debe desvirtuar las imputaciones hechas en su contra, siendo, por tanto, prematuro –dado que la etapa de instrucción no ha culminado– y ajeno a las facultades del Tribunal Constitucional, pretender la aplicación del principio in dubio pro reo ante la modificación de una medida cautelar. Por lo tanto, su aplicación queda librada a la culminación del proceso penal correspondiente”.

Cabe agregar, que si bien el *in dubio pro reo* como la presunción de inocencia son manifestaciones del genérico *favor rei*, la diferencia entre ellos radica en que el primero pertenece al momento de la valoración probatoria, esto es, ha de aplicarse cuando, habiendo prueba, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo penal que se trate. En cambio, la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de prueba realizada con las garantías procesales anteriormente analizadas⁷⁶.

3.10. El derecho a no autoincriminarse

Ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3062-2006-HC/TC, que el *derecho a no autoincriminarse* no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo –afirma– se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución.

Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria). Así, por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que re-

76 PICO I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*, pp. 163-164.



conoce expresamente como parte de las “Garantías Judiciales” mínimas que tiene todo procesado, el: “g) *derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)*”. Lo mismo sucede con el ordinal “g” del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho: “g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*”.

Este derecho está referido a que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, ni a confesarse culpable. Se presenta como una manifestación del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia⁷⁷. La finalidad de dicho principio es excluir la posibilidad de obligar al imputado a cooperar activamente en la formación de la convicción sobre sí mismo⁷⁸.

En consecuencia, dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Sin embargo, su ámbito normativo no se agota en este resguardo, sino que también le premune de una garantía de incoercibilidad que le otorga al imputado o acusado la potestad de guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado.

Hay que precisar, que esta garantía es aplicable en todas las etapas del proceso del nuevo modelo, esto es, en la investigación fiscal, etapa intermedia y en la fase del juicio oral. Además también rige para el momento de las diligencias preliminares a cargo de la policía, que puede actuar *ex officio* o por encargo del Fiscal de la Investigación Preparatoria.

Sus manifestaciones más visibles son: **a)** El derecho a ser informado expresamente, por las autoridades competentes, de que puede guardar silencio; **b)** El derecho a no ser coaccionado para obligarle a declarar; **c)** El derecho a no exigírsele juramento de verdad al momento de declarar; **d)** El derecho a no ser interrogado con preguntas capciosas o tendenciosas; **e)** El derecho a faltar a la verdad en su declaración⁷⁹; **f)** El derecho a la pluralidad de las declaraciones, cuantas veces lo considere necesario.

77 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, p. 90.

78 ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*, p. 90.

79 No existe el deber de veracidad de las declaraciones, es decir, que el procesado que mienta no se le puede pretender adjudicar alguna consecuencia de este acto (FARFÁN QUISPE, Fany Soledad. *¿El que canta su mal espanta? El derecho a la no autoincriminación en el proceso penal peruano*), p. 141.



El artículo 86 del Código Procesal Penal indica con claridad que la **declaración del imputado** constituye parte del ejercicio de su derecho de defensa y de respuesta de los cargos formulados en su contra. No se trata, por tanto, de un medio probatorio.

Solamente, la confesión realizada conforme al artículo 160 del Código Procesal Penal puede tener valor probatorio. En este orden de ideas, no puede existir una pretensión de los órganos de investigación de poder sacar elementos probatorios de la declaración del imputado, pues esta declaración solamente se ordena en la lógica del ejercicio del derecho de defensa. Solo desde esta perspectiva se puede entender, por ejemplo, que el artículo 68.1 impida a la policía recibir la declaración de los presuntos autores sino se cuenta con abogado. La declaración del imputado constituye, en el marco del nuevo proceso penal, una manifestación del derecho de defensa⁸⁰.

Si bien la Carta Política de 1993 no recoge de manera expresa y literal el derecho a guardar silencio –el cual se asume como consecuencia del derecho o garantía a la no auto incriminación– es pasible de invocación sobre este particular el artículo 2, numeral 24, literal h, sobre todo el apartado en que se prescribe que *“carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia”*. Siendo por otra parte legítima la consideración de su reconocimiento constitucional expreso a través del artículo 3, que consagra la *“Cláusula de los derechos no enumerados”*.

El nuevo Código Procesal Penal dota de un conjunto de reglas que protegen la declaración del imputado, entre estas, las siguientes: **a)** Se regula las instrucciones o advertencias que se deben realizar antes de comenzar la declaración del imputado, debiéndose comunicar detalladamente el hecho u objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes (artículo 87); **b)** Cabe pedir la postergación de su declaración si es que su abogado toma conocimiento reciente del caso (Artículo 87.2); **c)** No se puede concebir la declaración del imputado como un deber sino como expresión de su derecho de defensa, **d)** Es un derecho la pluralidad de declaraciones, entendido esto, como la facultad del imputado a pedir la ampliación de sus declaraciones en toda etapa del proceso, con el objeto de responder a los cargos contra su persona (Artículo 86); **e)** El imputado tiene derecho

80 GARCÍA CAVERO, Percy. *Consecuencias político-criminales de la implementación del nuevo sistema procesal penal*, p. 28.



al silencio, y a que esta actitud no sea considerada como un reconocimiento de culpabilidad o de participación en los hechos criminosos (Artículo 87); f) Tiene derecho el imputado de abstenerse de declarar, lo cual le debe ser advertido expresamente por las autoridades que requieran de él alguna declaración (Artículo 71).

4. CONCLUSIONES

- a) La expresión “garantías constitucionales del debido proceso”, puede ser entendida como la consagración en nuestro Texto Fundamental de un conjunto de principios y derechos que fijan los límites del *juspuniendi* del Estado ejercitado a través del proceso penal, y que representa la más grave intervención en la esfera de los derechos de las personas.
- b) A un modelo de Estado democrático debería corresponder un proceso penal de la misma índole, respetuoso de una serie de garantías derivadas de la dignidad del ser humano que no deja de ser el imputado. En cambio, a un Estado autoritario corresponderá inevitablemente un proceso penal arbitrario y transgresor de los derechos humanos.
- c) El derecho al debido proceso garantiza que la tramitación de un proceso –entendido en el sentido más lato posible– sea llevada a cabo de manera imparcial y ordenada, a fin de concluir en un resultado justo para las partes, por lo que también se erige como límite para el órgano que dirime la controversia, determinando necesariamente su labor.
- d) Una de las características del nuevo modelo procesal penal es la afirmación de las garantías del ciudadano, tanto del imputado como de la víctima. En tal sentido, se consolida y fortalece la calidad de sujeto de derecho del imputado, al regularse –en todas sus manifestaciones– las limitaciones de los órganos de persecución penal para la búsqueda de la verdad formal, pues el proceso penal no puede buscar a cualquier precio la verdad. Por el contrario el procedimiento en un orden democrático de derecho debe estar dispuesto a la realización de sacrificios; es preferible absolver a unos cuantos culpables que condenar a muchos inocentes.
- e) El principio acusatorio promueve una definida distribución de funciones. Quien acusa no decide. No puede existir una doble función, pues ello desnaturalizaría la esencia del modelo procesal. La función del Ministerio Público no es en ningún caso decisoria ni sancionatoria, pues no dispone de facultades coactivas ni de decisión directa en lo que resuelva la judicatura.

- f) El juicio previo exige que toda condena debe ser el resultado de un proceso, es decir, proclama la garantía de que nadie puede sufrir pena sin un proceso previo. Por ende, no cabe condena que no sea resultado de un juicio lógico, expresado en una sentencia debidamente fundamentada. Este principio reafirma el papel del Estado como único titular del poder represivo (Justicia penal estatal).
- g) La oralidad es un principio fundacional del procedimiento, un principio que lo informa y lo estructura, alterando de manera sustancial la forma, y disponiendo cuál será el papel que esta cumplirá en el marco de la tramitación de los casos penales.
- h) La garantía de la publicidad alcanza el mayor grado de materialización en la etapa del juicio oral, pues durante la de investigación rige el principio de reserva. Esta, sin embargo, no excluye en modo alguno la participación de la defensa.
- i) El derecho de defensa está concebido como un derecho fundamental esencial para el debido proceso, que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción y con igualdad de armas.
- j) El principio de imparcialidad garantiza que los órganos jurisdiccionales que deciden controversias deben ser terceros neutrales, esto es, no posean ningún interés económico sobre el objeto de la *litis* ni relación personal (amistad, parentesco, etc.) con las partes.
- k) El derecho a la igualdad de armas tiene por objeto evitar una situación de privilegio o supremacía de las partes, garantizando así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.
- l) El *Ne bis in idem*, se refiere a la necesidad de que la persecución penal, con todo lo que ella significa –la intervención del aparato estatal en procura de una condena–, solo se pueda poner en marcha una vez. El poder penal del Estado es tan fuerte, que un ciudadano no puede estar sometido a esa amenaza dentro de un Estado de Derecho.
- m) Si bien la presunción de inocencia en esencia de este principio radica en la consideración del imputado como inocente, sin embargo, su efecto más importante lo produce en cuanto exige que la persona que viene siendo procesada penalmente sea tratada, en los diversos sectores del ordenamiento jurídico y la vida social, como una persona de la que aún no se comprobado responsabilidad penal alguna, y por tanto no se le puede tratar como culpable.



- n) El derecho a la no autoincriminación está referido a que nadie puede ser obligado a declarar en su contra, ni a confesarse culpable. Se presenta como una manifestación del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia.

5. BIBLIOGRAFÍA

ADRIÁN CORIPUNA, Javier. "El debido proceso en sede penal. Nuevos contenidos constitucionales". En: *Derechos Constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. AA.VV. Lima, Gaceta Jurídica, Primera Edición, marzo 2009, Guía 3, 255 pp.

AYO FERNÁNDEZ, Manuel. *Jurisprudencia constitucional-penal del artículo 24 de la constitución española*. Madrid, La Ley-Actualidad S.A., 1997, 776 pp.

AA.VV. *Manual de la investigación preparatoria del proceso penal común (conforme a las previsiones del Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957)*. Lima, Cooperación Alemana al Desarrollo GTZ, noviembre 2008, 105 pp.

BAYTELMAN, Andrés/DUCE J/Mauricio. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago de Chile. Ediciones Universidad Diego Portales. Primera Edición, 2004, 394 pp.

BERNAL CUELLAR, Jaime y MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *El proceso penal (Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio)*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Quinta Edición, julio, 2004, p. 388.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc, Segunda Edición, 1999.

BOVINO, Alberto. *Principios políticos del procedimiento penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L., Primera Edición, 2005, 124 pp.

BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal peruano". En: *El Nuevo proceso penal. Estudios Fundamentales*. Lima, Palestra Editores, Primera Edición, junio 2005, 598 pp.

CAFFERATA NORES, José L. *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Editorial Del Puerto S.R.L., Tercera Edición Actualizada, 2000, 357 pp.

CARO CORIA, Dino Carlos. "Las garantías constitucionales del proceso penal". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Konrad Adenauer Stiftung, T. II, 2006, p. 1028.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *La defensa penal pública*. Santiago de Chile, LexisNexis, junio 2005, Primera Edición, 411 pp.

CASTILLO ALVA, José Luis. "El derecho a contar con los medios adecuados para la preparación de la defensa". En: *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, T. 150, mayo 2006, 304 pp.

CASTRO TRIGOSO, Hamilton. "El modelo del proceso penal diseñado en la Constitución Política del Estado. ¿De dónde proviene el modelo acusatorio?". En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, julio 2009, T. I, p. 426.

CEDEÑO HERNÁN, Marina. "Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia nacional". En: *Cuadernos de Derecho Público (El artículo 24 de la Constitución: algunos problemas pendientes)*. Madrid, INAP, mayo-agosto 2000, 215 pp.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima, Palestra Editores, Primera Edición, julio 2009, 607 pp.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés/ ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara/ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael y otros. *Derecho procesal penal*. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Primera Edición, 1993, primera reimposición 1994, 836 pp.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona, José María. Bosch Editor S.A., Primera Edición, diciembre 1995, 258 pp.

ESPINOZA VIDAL, Carlos/ HURTADO DE LA FUENTE, Alejandro. *El debido proceso en el nuevo proceso penal*. Santiago, Primera Edición, 2005, Editorial Jurídica La Ley, 210 pp.

FALCONE, Roberto A. *Las garantías del imputado frente a la persecución penal estatal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, Primera Edición, junio 2007, 128 pp.

FARFÁN QUISPE, Fany. "El que canta su mal espanta. El derecho a la no autoincriminación en el proceso penal peruano". En: *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, T. 141, agosto 2005, 302 pp.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1995, 1019 pp.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás/ RABANAL PALACIOS, William/ CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima, Jurista Editores, Primera Edición, mayo 2008, 1054 pp.

GARCÍA CAVERO, Percy. "Consecuencias político criminales de la implementación del nuevo sistema procesal penal". En: *El Derecho Procesal Penal frente a los Retos del Nuevo Código Procesal Penal*. AA.VV. Lima, Primera Edición, 2009, 269 pp.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Madrid, Tecnos, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente/ MORENO CATENA, Víctor/CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Madrid, Tercera Edición, Editorial Colex, 1999.

GRANARA, Alberto David. *Derecho procesal penal*. Santa Fe, Editorial Jurídica Nova Tesis, 2003, 543 pp.

HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2004.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra, editorial Aranzadi S.A., 2002, 331 pp.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella. "Publicidad de los procesos". En: *La Constitución comentada*. AA.VV. Lima, Gaceta Jurídica, T. II, 2005, 1206 pp.

MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires, Vol. I. Hammurabi, 1989.

MALJAR, Daniel E. *El proceso penal y las garantías constitucionales*. Buenos Aires, Ad-Hoc. Primera Edición, mayo, 2006, 915 pp.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *El debido proceso en la Constitución y el sistema americano. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago de Chile, Librotecnia, Primera Edición, 2008.

ORE GUARDIA, Arsenio/ RAMOS DÁVILA, Liza. "Del modelo inquisitivo al acusatorio. A propósito de la próxima puesta en vigencia del Código Procesal Penal de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, T. 142, setiembre 2005, 302 pp.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "Lo adversarial de la investigación criminal en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Lima, Gaceta Jurídica, T. 158, enero 2007, 280 pp.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Editorial Rhodas, Primera Edición, setiembre de 2006, 945 pp.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, 173 pp.



PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y recusación*. Barcelona, José María Bosch Editor, 1998, 262 pp.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *La garantía del Ne bis in idem en el ordenamiento jurídico-penal*. Lima, Jurista Editores, Primera Edición, noviembre 2006, 181 pp.

REYNA ALFARO, Luis M. "El código procesal penal y la nueva configuración del proceso penal. Una aproximación desde el derecho de defensa". En: *El Nuevo Proceso Penal*. Lima, Librería y Ediciones Jurídicas, Primera Edición, octubre 2004, publicación extraordinaria de la revista jurídica del IPEF y LEJ, 100 pp.

SAN MARTÍN CASTRO, César. "Constitución, Código Procesal Penal y correlación". En: *Constitución y Proceso*. AA.VV. Lima, Ara Editores, 2009, Guía 4, 231 pp.

SAN MARTÍN CASTRO, César. "Constitución, Tribunal". En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*. Lima, CIJ, Vol. 2, N° 1, 2008, 343 pp.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba en el nuevo proceso penal*. Academia de la Magistratura, Lima, 2009, 171 pp.

TOCORA, Fernando. *Principios penales sustantivos (Código Penal de 2000)*. Bogota, Editorial Temis S.A., 2002.

VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "Restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el proceso penal". En: *El Derecho Penal y Procesal Penal en la Constitución*. AA.VV. Lima, Gaceta Jurídica, Primera Edición Octubre 2009, 231 pp.

VERAPINTO MÁRQUEZ, Otto Santiago. "La responsabilidad funcional del fiscal frente al principio de reserva de la información". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, N° 129, junio 2009, 395 pp.



**NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
(DECRETO LEGISLATIVO N° 957)**

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, por Ley N° 28269, publicada el 4 de julio de 2004, el Congreso de la República delega en el Poder Ejecutivo, la facultad de dictar mediante Decreto Legislativo, un nuevo Código Procesal Penal y sobre su implementación, así como cualquier otro asunto en materia procesal penal, dentro del término de treinta (30) días útiles;

Que, la Comisión Especial de Alto Nivel creada conforme a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 005-2003-JUS del 14 de marzo de 2003, ha cumplido con proponer las modificaciones y mecanismos legales de implementación del nuevo Código Procesal Penal;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE PROMULGA CÓDIGO PROCESAL PENAL

Artículo 1. Objeto de la norma

Promúlguese el Código Procesal Penal, aprobado por la Comisión Especial de Alto Nivel, constituida por Decreto Supremo N° 005-2003-JUS, según el texto adjunto que consta de 566 artículos, distribuidos de modo y forma que a continuación se detalla:

<i>Título Preliminar</i>	<i>Artículos I a X</i>
<i>LIBRO PRIMERO : Disposiciones Generales</i>	<i>Artículo 1 a 113</i>
<i>LIBRO SEGUNDO : La Actividad Procesal</i>	<i>Artículos 114 a 320</i>
<i>LIBRO TERCERO : El Proceso Común</i>	<i>Artículos 321 a 403</i>
<i>LIBRO CUARTO : La Impugnación</i>	<i>Artículos 404 a 445</i>
<i>LIBRO QUINTO : Los Procesos Especiales</i>	<i>Artículos 446 a 487</i>
<i>LIBRO SEXTO : La Ejecución y las Costas</i>	<i>Artículos 488 a 507</i>
<i>LIBRO SÉPTIMO : La Cooperación Judicial Internacional</i>	<i>Artículos 508 a 566</i>
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS	

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de julio del año dos mil cuatro.

ALEJANDRO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

CARLOS FERRERO

Presidente del Consejo de Ministros

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ

Ministro de Justicia



TÍTULO PRELIMINAR

COMENTARIOS:

- El principio contradictorio en el proceso penal. “El contradictorio es el mejor método de búsqueda de la verdad” • Análisis de las consecuencias del error judicial • Legalidad de las medidas limitativas de derecho • ¿Es posible aplicar retroactivamente la Ley Procesal Penal o de Ejecución Penal desfavorable?
- La inviolabilidad del derecho de defensa en el sistema acusatorio • El Código Procesal Penal y la nueva configuración del proceso penal. Una aproximación desde el derecho de defensa.

Artículo I. Justicia Penal

1. *La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.*
 2. *Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.*
- (...)

COMENTARIO:

EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO EN EL PROCESO PENAL

“El contradictorio es el mejor método de búsqueda de la verdad”

GIAMMPOL TABOADA PILCO*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCP) reconoce como principio o criterio rector de la justicia penal que toda persona tenga derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio; debiéndose entender al juicio no en su acepción restringida a una de las etapas del proceso común (precedente a la etapa de investigación y etapa intermedia), sino en su acepción genérica a todo el procedimiento de investigación, discusión y resolución del conflicto jurídico penal, por ello, es de suma importancia para los operadores del nuevo modelo acusatorio adversarial, interiorizar al contradictorio no solo en su versión clásica como derecho a la defensa, sino en especial como el método más perfecto de búsqueda de la verdad en el proceso penal.

II. CONTRADICTORIO COMO DERECHO

El principio contradictorio (o de contradicción) es la posibilidad que tienen las partes de cuestionar preventivamente todo aquello que pueda luego influir en la decisión final y como tal presupone la paridad de aquéllas (acusación y defensa) en el proceso: puede ser eficaz solo si los contendientes tienen la misma fuerza o, al menos, los mismos poderes. Es la posibilidad de

* Juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Docente de Derecho en Universidades UPAO y UPN.



refutación de la contraprueba. Representa a su vez el derecho a la igualdad ante la ley procesal, de contar con las mismas armas para formar –con las mismas posibilidades– el convencimiento del juzgador.

El contradictorio tienen lugar cuando se asegura que el imputado conozca en que consiste la acusación y cuáles son las pruebas ya constituidas que la confirmarían, así como participar en la formación de la prueba (buscar fuentes de prueba) y en el control de la prueba ya producida: “contradictorio para la prueba y contradictorio sobre la prueba”. Si bien es cierto que el fiscal tiene más poderes que el imputado en la formación de la prueba al tener la dirección de la investigación, ello importa que a la defensa se le reconozca en forma efectiva el papel contradictorio en todo momento y grado del procedimiento, tal es así, que como lo prevé los artículos 337.4 y 338.1 del NCPP, el imputado puede solicitar la actuación y asistir a las diligencias pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos durante la investigación preparatoria.

III. CONTRADICTORIO COMO MÉTODO

El contradictorio además de constituir un derecho del imputado (defensa en juicio), es el método más conveniente para el descubrimiento de la verdad (aproximativa, nunca absoluta), como correspondencia respecto de los hechos que constituyen el objeto de la acusación y luego de la condena. Es una técnica o método basado en la actuación de las partes para el descubrimiento de la verdad, deja al juez que debe decidir el caso en una situación de tercero ajeno y no involucrado en esa actividad. Es un método probatorio en grado de procurar la mejor reconstrucción objetiva de los hechos. Más que un principio procesal es un sistema lógico de conocimiento, por ello, constituye la “estructura” esencial del proceso.

Como criterio epistemológico en el ámbito judicial, el contradictorio es un método de investigación judicial importado de la investigación científica, del método ensayo-error de KARL POPPER: “la teoría más apta que está a nuestro alcance mediante la eliminación de las que son menos aptas”, precisamente, el conocimiento científico (y su progreso) se basa en la crítica de las conjeturas ensayadas, de manera tal que puedan estas ser controladas, refutadas y cambiadas.

La LÓGICA FALSACIONISTA de la investigación científica llevada al proceso penal permite someter a prueba la tesis de la acusación, con la posibilidad de su refutación. El juez accede al conocimiento de la verdad en el proceso no en forma unidireccional, sino por medio del confronte de hipótesis contrarias

que intentan prevalecer entre si. Servirá entonces para no caer en el error de tender solo a la verificación de una hipótesis (de la parte acusadora), sino que permite la búsqueda y hallazgo de sus puntos débiles (por la parte acusada), en caso ella no resista los embates dirigidos por las pruebas que se le contraponen, deberá ser descartada.

IV. CONTRADICTORIO EN EL MODELO INQUISITIVO

El modelo inquisitivo se inspira en la figura ingenua del “juez imparcial” que debe producir las pruebas de cargo y descargo (tarea única e indivisible), con el fin de llegar a la “verdad absoluta”. Hay una reducida –sino nula– participación de la defensa en la formación y crítica de la prueba (reglas de prueba legal, la confesión por tortura o intimidación, interrogatorio del tribunal, pruebas de oficio). La ley lo obliga a adoptar la posición de parte en el proceso, a tener interés propio en la decisión, a abandonar su posición neutral frente al acontecimiento, a conocer por las suyas la verdad de un acontecimiento histórico (investigar ex officio). No existe una clara separación de funciones, que garantice la imparcialidad del juez y asegure la carga de la prueba en cabeza de la acusación. Se apuesta por una LÓGICA VERIFICACIONISTA en que la hipótesis (acusatoria) es seleccionada en forma arbitraria y asumida como dogma por el juez (convicción subjetiva, no racional), para luego buscar solo elementos que lo corroboren y defiendan a cualquier precio. El juez asume una actitud dogmática - pseudocientífica. Recuérdese el proceso sumario y ordinario bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940, cuando el juez instructor asume como hipótesis oficial y única la teoría del caso de la parte acusadora expuesta en la formalización de la denuncia fiscal, que servía de sustento fáctico y normativo al auto de apertura de instrucción, tendiendo la investigación en adelante a su sola verificación.

V. CONTRADICTORIO EN EL MODELO ACUSATORIO

En el modelo acusatorio existe una clara distinción entre pruebas de cargo y descargo, se pasa del principio de autoridad al principio dialéctico, por el cual la formación de la prueba es una función de las partes controladas por el juez imparcial (separación de funciones). La privación del ejercicio del contradictorio es inconstitucional y lesiona el derecho de defensa en juicio. La sanción penal es válida en la medida que la hipótesis acusatoria haya sido sometida al contradictorio y esté basada en la verdad del hecho contenido en ella. La LÓGICA FALSACIONISTA aplicada al modelo acusatorio impone que



la hipótesis acusatoria sea solo una simple conjetura (relativa), que debe ser confrontada con la hipótesis de la defensa, está sujeta a refutación y confirmación por elementos probatorios, precisando que la hipótesis de la defensa no necesita el mismo grado de confirmación que la acusación (duda). El juez en este modelo adopta una actitud crítico-científica. El contradictorio en el NCPP, estimula que la hipótesis acusatoria del fiscal desde la apertura del juicio sea confrontada y refutada con la hipótesis exculpatoria de la defensa, a través de un exigente control de la actividad probatoria de cargo, que requiere el grado máximo de certeza del juez para condenar y solo la duda o la probabilidad para absolver o sobreseer.



Artículo I. Justicia Penal

(...)

3. *Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.*
4. *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.*
5. *El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales.*

COMENTARIO:

ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DEL ERROR JUDICIAL

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA*

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los procesos de reforma judicial implementados en nuestro país desde la década de los años noventa en adelante, uno de los grandes temas de interés, tanto académico como profesional, ha sido la determinación de las responsabilidades y niveles de acción que se pueden generar para la evaluación del *error judicial*.

En este contexto, la responsabilidad del juzgador por la emisión de una resolución judicial que pudiere afectar los derechos de un litigante (generalmente procesado por estar acusado por la comisión de un presunto delito), resultan poco valorados por la misma sociedad, quien inconscientemente no toma en cuenta que la diligencia en el juzgamiento de niveles de responsabilidad penal debe ser superior a la diligencia ordinaria a cargo de un juez.

Complementariamente, en el propio interior de la práctica profesional de la judicatura, el análisis del error judicial no es evaluado como un elemento trascendental, por cuanto sobre este punto, existen otros temas de mayor interés (ampliación de presupuesto, autonomía institucional, capacidad argumentativa en la redacción de resoluciones judiciales, etc.).

* Abogado. Magíster en Derecho. Docente de Posgrado en las Universidades Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.



Bajo este criterio, resulta necesario considerar que en todo Estado de Derecho social y democrático, el Estado no está exento de responsabilidad por los errores cometidos por sus funcionarios en el ejercicio de sus responsabilidades, porque finalmente la obligación de velar por el pulcro servicio brindado es competencia exclusiva del Estado.

Teniendo estos términos preliminares, evaluaremos el análisis de los errores judiciales y de las consecuencias que provocan.

II. EL ERROR JUDICIAL

La doctrina comparada nos permite señalar que el error judicial, en cuanto a su determinación y conceptualización, genera dos categorías:

a) Definición con un concepto amplio

García Mendoza define el error judicial como “el falso concepto que tiene el juez respecto de la verdad de los hechos que son materia del proceso”¹.

Sin embargo, a nuestro criterio, este error judicial puede provocar su extensión y aplicabilidad en todos los ámbitos judiciales, aún en los cuales inclusive el trámite judicial es no contencioso.

Esta definición, sin embargo y a nuestro criterio, nos resulta demasiado extensa en cuanto a su determinación, por cuanto para que un magistrado genere un falso concepto sobre unos hechos evaluados, implica pasar por alto los demás actos procesales ejecutados y determinados por su propio despacho, lo cual implicaría el desconocimiento de la participación de otros agentes procesales (peritos, ministerio público, la defensa de la parte acusada, etc.), con lo cual consideramos no tomar en cuenta dicho concepto.

b) Definición con un concepto restringido

Es el error en el que incurren los jueces, involuntariamente, perturbando, restringiendo o privando de derechos/obligaciones a un litigante, durante el desarrollo de un proceso judicial.

Este concepto, el último, a nuestro criterio, nos permite un mejor análisis de esta situación de *errores*, por cuanto el magistrado genera una consecuencia determinada producto de la aplicación, interpretación, actuación o diligenciamiento erróneo².

1 GARCÍA MENDOZA, Hernán. *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Santiago de Chile: Cono sur, 1997, p. 224.

2 UREBA, Alberto Alonso. *Las leyes generales*. Madrid: La Ley, 2006, p. 121.



Por sus alcances materiales en el ámbito del derecho penal, el error judicial se ha limitado a los efectos que se producen en un juzgamiento criminal, por ello, el error judicial solo opera en forma exclusiva en este ámbito. Inclusive el ámbito de injerencia se limita a la acción que se puede producir respecto de una eventual reparación, por excesos cometidos en los procesos de detención, procesamiento e imposición de una condena penal³.

III. EL ESTADO RESPONSABLE DE LAS ACCIONES NEGLIGENTES DE SUS AGENTES

Cuando se analiza los niveles de consecuencias (negativas) de un proceso judicial, eventualmente se considera que el responsable de dichas consecuencias en el acusado o parte acusada es solo el magistrado que impuso una condena determinada⁴.

Este error es producto de la mala interpretación de que existe una diferenciación en cuanto a los niveles de responsabilidad asumidos por el Estado a través de sus agentes oficiales, en este caso, el juez.

En este sentido, en primer lugar corresponde evaluar los niveles de responsabilidad del agente que comete un error y los alcances de la responsabilidad que se le deben imputar al Estado, como ente emisor del error⁵.

1. Evaluación de la responsabilidad, como concepto jurídico

La *Responsabilidad* es un concepto jurídico que puede ser desarrollado respecto de las consecuencias que genera un determinado acto provocador de hechos.

Estos hechos, bajo esta evaluación, generan resultados perjudiciales, dañosos, limitativos o perjudiciales en contra de una persona ajena al provocador de los mismos.

Esta relación de persona-acto-consecuencia, nos permite fundamentar el ámbito de determinación de la responsabilidad, asignándose una categoría: sujeto responsable.

3 HUMAN RIGHTS WATCH. *Violación de los derechos de los inmigrantes*. Madrid: HRW, 2002, p. 4.

4 DUSSAN HITSCHERICH, Jorge. *Elementos del contrato estatal*. Bogotá: Universidad de Bogotá, 2005, p. 99.

5 NADER KURI, Jorge. *La responsabilidad penal del juzgador*. México: Instituto Nacional de ciencias Penales, 2008, p. 99.



Bajo esta categorización, resulta factible categorizar diferentes niveles de sujetos responsables, como:

a) Responsabilidad del Estado

El ordenamiento constitucional y legal nacional, nos permite indicar que el Estado es un sujeto que puede ser categorizado como *responsable* por la generación o comisión de determinados actos, tanto por acción directa como por inacción.

Ello, inclusive sin perjuicio de las responsabilidades que se pudieren plantear contra los agentes estatales, que pudieren ser identificados en el ámbito político, penal y/o civil.

b) Responsabilidad de las personas naturales

Es el ámbito de responsabilidad más conocido por la propia ciudadanía y genera la *responsabilidad común*.

En términos genéricos entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones:

- i. el daño,
- ii. la culpa o dolo,
- iii. una relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño; y
- iv. una capacidad delictual.

De dicha conjunción de elementos, corresponderá al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico, los cuales pueden ser:

a) Responsabilidad proveniente y evaluada desde el ámbito penal

Es aquella responsabilidad que solo puede provenir de una delimitación legal por la generación de una infracción a un ordenamiento jurídico de naturaleza sancionatoria en el ámbito punitivo, sancionable por la imposición de una pena⁷(sin importar su naturaleza)

La fundamentación de este principio parte del principio constitucional de que no se puede sancionar un acto si no existe delimitación legal que lo determine como pasible de ser sancionable.

b) Responsabilidad civil

Siendo el ámbito más común de evaluación, existen una subdivisión y categorización en:

- i. Precontractual
- ii. Contractual
- iii. Extracontractual, y
- iv. Legal



Desde el ámbito de la teoría civil, es factible determinar los sistemas más comunes de determinación de responsabilidades o de responsabilidad patrimonial.

En este sentido, podemos señalar:

a) Responsabilidad subjetiva o aquiliana

Este sistema de responsabilidad se basa en la imputación, ya sea a título de culpa o dolo, del hecho que provoca perjuicio, al autor del mismo.

Dicho sistema obedece al siguiente esquema: si una persona sufre un daño deberá asumirlo, salvo que el autor del daño lo provoque a título de culpa o dolo. En nuestro medio, la fórmula de responsabilidad contractual y civil extracontractual es subjetiva.

b) Responsabilidad objetiva

A este sistema, la doctrina la ha categorizado como la “teoría del riesgo creado”, del “riesgo industrial”, entre otros.

Su fundamento reside en que toda actividad lucrativa “que crea un riesgo”, debe responder por los daños que esta provoque, con absoluta independencia de la intención, así, si se desea constituir una aerolínea, la empresa que crea dicho riesgo debe responder por los daños que causa dentro del ejercicio de su actividad.

2. La evaluación de la responsabilidad en el ámbito de nuestro estudio

En el ámbito jurídico, es de amplio reconocimiento, determinar cómo reconocer la capacidad de asunción de responsabilidad patrimonial por parte del Estado, tanto en el ámbito administrativo como en el judicial y legislativo, siendo la dificultad común la determinación y calificación del injusto.

Bajo esta determinación casi unánime de la doctrina, la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus potestades, admite diversas manifestaciones concretas en nuestro derecho positivo, y que guardan relación con la división funcional del poder estatal, en cuanto a la administración pública en todos los niveles y ámbitos.

Estando bajo un ámbito delimitador de las competencias funcionales del Estado desde una perspectiva de Estado de Derecho social y democrático, los ámbitos de responsabilidad son delimitados en todas las instancias que la Administración tenga intervención, sin exclusión alguna, razón por la cual el Estado es un posible agente de ser calificado como *responsable*, si las condiciones lo acreditan.

En consecuencia, la responsabilidad patrimonial del Estado, en sus facetas: *Estado Legislador, Estado Juzgador y Estado Administrador*, viene a constituir un principio rector del Estado de Derecho y, por lo tanto, parte integrante del sistema de garantías sociales, políticas y jurídicas que caracterizan a esta forma jurídico-política de Estado, y también un principio rector de la república democrática como forma política del Estado^{6 y 7}.

Lo manifestado, en lógica consecuencia determina que el Estado no admita su propia exclusión de responsabilidad por la generación de algún hecho dañoso o generador de consecuencias negativas a los ciudadanos, por cuanto dicha lógica sería incongruente con la asunción de una funcionabilidad del Estado de Derecho, como categoría jurídica de funcionamiento del Estado.

Emilio Fernández, en coincidencia con nuestra posición, señala: “*La responsabilidad del Estado por actos administrativos, trata, esencialmente, de restituir el equilibrio económico roto por hechos o actos del poder público en detrimento de un particular, por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados*”⁸.

De esta manera, el Estado tiene la obligación (moral, jurídica y política) de **reparar pecuniariamente el daño generado, de modo que restablezca la situación patrimonial que con anterioridad al hecho o acto ilícito, tenía el damnificado, o sea, que haga desaparecer los efectos de la lesión sufrida por alguien en su patrimonio.**

Habrán también responsabilidad del Estado siempre que éste, por disposición legal expresa, deba *indemnizar el daño que haya causado directamente a un particular con motivo del ejercicio de la potestad administrativa lícita.*

IV. EL CONTEXTO DE LA EVALUACIÓN JURÍDICA COMPLEMENTARIA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Entendiéndose que desde el punto de vista de la evaluación de la responsabilidad del Estado, es factible evaluar dicho parámetro de observación desde una perspectiva interdisciplinaria.

En consecuencia podemos observar los siguientes elementos:

-
- 6 JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traduce. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970, pp. 591 y ss.
 - 7 ZÚÑIGA, Francisco. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador*. Santiago: Editorial LexisNexis, 2005.
 - 8 FERNÁNDEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1981, p. 665.

1. Respetto de la legitimidad de la determinación de responsabilidad del Estado (en términos generales)

Téngase en cuenta que el Estado, por acción de los legisladores e inclusive de los constituyentes, ha establecido como parámetro objetivo, que existe un principio de legalidad que determina la viabilidad de asignar niveles de responsabilidad a un agente generador de daños.

Este ámbito delimitador se encuentra legislado tanto en el ámbito penal y civil, y se establecen una serie de mecanismos procesales y procedimentales para su determinación y exigibilidad.

2. Respetto de la responsabilidad del Estado por acción de la función jurisdiccional

En este ámbito, la responsabilidad proviene de la resolución judicial generadora de un nivel de daño al justiciable.

Dicho error debe vincular dos elementos objetivos:

- i La acreditación de una antinomia producida entre la verdad material y la verdad oficial.
- ii La objetividad de la actuación judicial, por cuanto si de dicha acción se acreditase un error involuntario, el daño no se habría generado.

En este sentido, es requisito indispensable que el error (antinomia) deba responder a una acción negligente en la determinación de la responsabilidad punitiva del procesado que provoque la imposición de una condena a cargo del juez.

V. DE LA DELIMITACIÓN DEL ERROR JUDICIAL

El error judicial, como elemento de evaluación, finalmente debe generar una evaluación que provoque un nivel de perjuicio desproporcionado, injustificado e ilegítimo a un justiciable, acusado por la comisión de un presunto delito.

En este sentido, el error solo será acreditado con la imposición de una condena, por cuanto en las etapas preliminares y previas a dicha etapa procesal, es factible hacer uso de los recursos procesales idóneos que el cuerpo legal procesal faculta al justiciable⁹.

Siendo legítima toda oposición a toda afectación a derechos del justiciable previo a la imposición de una condena contenida en la sentencia,

9 DUEÑAS RUGNON, Ramiro. *La responsabilidad del Estado por las actuaciones jurisdiccionales*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p. 61.



es de preverse que el *error judicial* no se configurará en una instancia previa.

Bajo esta consideración, resulta necesario determinar los niveles de perjuicio que se pudieren producir:

a) Perjuicio desproporcional

En relación directa con el ámbito de la sanción impuesta, la cual puede resultar exagerada respecto de la evaluación normativa de los hechos materia de denuncia penal.

b) Perjuicio injustificado

Eventualmente, el fallo condenatorio contenido en la sentencia, puede ser producido sin los correctos niveles de argumentación y fundamentación y que dicha situación eventualmente sea mantenida en las demás instancias judiciales.

Si bien estas situaciones son excepcionales, ocurren en nuestro país, en particular porque existe un elevado nivel de impredecibilidad judicial.

c) Perjuicio ilegítimo

Producido generalmente cuando se asigna un nivel de responsabilidad a un sujeto ajeno a los hechos materiales que produjeron el daño en una tercera persona (víctima) y que producto del desarrollo del proceso, desde la etapa de investigación fiscal y policial, se generó la inclusión bajo sospecha de este justiciable.

Siendo estos los ámbitos en los cuales se acredita un daño, el justiciable debe acreditarlo ante el mismo Sistema Judicial, respecto de la determinación del perjuicio sufrido.

1. La acción resarcitoria a cargo del justiciable perjudicado

Si bien puede parecer ilógico o inconsecuente, el justiciable que considere sufrir un perjuicio por error judicial, puede plantear sus derechos, con la acreditación de un *perjuicio* para así acceder a un mecanismo resarcitorio.

Eventualmente, por interpretación de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta viable dos niveles de resarcimiento de parte del Estado hacia el ciudadano afectado.

- a) La compensación económica: vía la entrega de una compensación económica o el pago de una indemnización.
- b) La compensación del daño a través de una reparación moral, la cual puede ser la ejecución de una acción a cargo del Estado a favor del perjudicado, como puede ser una disculpa pública.

Artículo II. Presunción de inocencia

1. *Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.*

En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.

2. *Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido.*

Artículo III. Interdicción de la persecución penal múltiple

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

Artículo IV. Titular de la acción penal

1. *El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad.*
2. *El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.*
3. *Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.*
4. *El Ministerio Público en el ejercicio de sus funciones debe tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la Policía Nacional de conformidad con sus leyes y reglamentos.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*



Artículo V. Competencia judicial

1. *Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.*
2. *Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley.*

Artículo VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad.

COMENTARIO:

LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO

NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA*

INTRODUCCIÓN

Al tomar conocimiento de la noticia criminal, el Fiscal tiene la obligación de llevar a cabo actuaciones necesarias, respetando los derechos fundamentales y constitucionalmente protegidos con el fin de esclarecer el hecho denunciado, y de ser el caso, lograr reunir los elementos de prueba necesarios a fin de recurrir al Órgano Jurisdiccional para ejercitar la acción penal. Para ello, en oportunidades, es necesario que dentro del marco legal, el Fiscal adopte medidas excepcionales que recorten y afecten derechos personales y/o reales de las partes involucradas, por un determinado plazo, a las cuales denominaremos medidas limitativas de derecho, medidas provisionales o medidas cautelares.

Para César San Martín Castro, las medidas provisionales pueden definirse como los actos procesales de coerción directa recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial,

* Fiscal Provincial Penal de Lima.

de las personas, se ordena a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración¹. Al respecto, el Jurista Español Gimeno Sendra, concluye en que toda medida cautelar tiene dos presupuestos: a) verosimilitud o apariencia en el derecho (*fumus boni iuris*) y b) el peligro en la demora (*periculum in mora*)².

Las medidas cautelares han sido concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que, durante el transcurso del proceso, el sujeto pasivo pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia. En ese sentido, las medidas cautelares constituyen medidas de aseguramiento que permiten garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión. Como explica Marín, la noción de “medidas cautelares” corresponde a una formulación elaborada en el ámbito del derecho procesal civil por la doctrina italiana de comienzos del siglo XX y adaptada posteriormente, al ámbito procesal penal. Esta doctrina de fuerte influencia en España e Iberoamérica no ha sido seguida al contrario en Alemania, lo que explica la preferencia de la doctrina alemana por la noción de medidas coercitivas o medios de coerción procesal.³

El nuevo Código Procesal Penal establece en su artículo VI del Título Preliminar que “las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental **objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad**”.

En la búsqueda de fuentes de prueba deberá respetarse el principio de legalidad procesal, proporcionalidad y necesidad de la medida, aplicándose solo cuando hubiera suficientes elementos de convicción, debiendo la resolución ser motivada.⁴

-
- 1 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición actualizada y aumentada. Volumen II. Editora Jurídica Grijley EIRL, Lima, 2006, p. 1073.
 - 2 CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. *Lecciones del Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición, Madrid, 2003. p. 263.
 - 3 HORVITS, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, pp. 341-342.
 - 4 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *El Nuevo Código Procesal Penal*. Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 51.

Estas medidas deben estar sometidas a la concurrencia de ciertos presupuestos, es, por ello, que las medidas limitativas solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley, esto es, se deberán dictar mediante resoluciones judiciales debidamente motivadas acorde a derecho, a instancias de la parte procesal legitimada, respetando el principio de proporcionalidad, para lo cual se deberá tener en cuenta la naturaleza y finalidad de la medida y qué derecho fundamental es el afectado.

Sabido es que las medidas cautelares, cualquiera sea el proceso donde surjan, tienden a asegurar la efectividad de la sentencia, que su resultado no se haga ilusorio con el transcurso del tiempo, por lo cual se inmovilizan bienes, secuestrándolos o embargándolos, y para la totalidad de la doctrina, en sede penal, también la propia libertad del imputado, para que se frustren los fines del proceso.⁵

1. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHO

Se entiende como principio, en materia forense, el fundamento de algo, proposición o verdad que sustenta el saber o la ciencia jurídica.⁶

Todos los enunciados de derechos fundamentales contienen los denominados principios. El término principio se utiliza, entre nosotros, desde hace mucho tiempo, en la expresión «Principios Generales» como designación de aquellas ideas básicas de justicia a las que el Juez ha de acudir para derivar de ellas la regla de decisión, cuando no puede alcanzarla haciéndola derivar directamente de la norma, o del empleo de los métodos de integración que el ordenamiento prevé o tolera⁷.

Los principios y derechos que se encuentran estrechamente vinculados a las medidas de coerción procesal, inciden directamente en el proceso de análisis si la medida de coerción es aplicable al caso en concreto, apreciándose dos finalidades:

5 CARBONE, Carlos Alberto. *Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de prueba*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires - Argentina, p. 249.

6 FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Tomo II, Editores Importadores S.A. Lima, 1980, p. 340.

7 RUBIO LORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1995, p. XV.

- a) Permitir una interpretación evolutiva favorable a los derechos fundamentales del justiciable, con el cual se enmarcan los derechos fundamentales que les asiste;
- b) Permite al justiciable controlar si la resolución que restringe sus derechos se encuentra motivada, o en su defecto, podrá recurrir a la vía constitucional, a efectos de que se les restablezca sus derechos.

Las órdenes judiciales que restringen derechos fundamentales, tal y como lo establece taxativamente el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, deben sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación; para ello debe tenerse en cuenta principios o garantías, los mismos que se detallan a continuación:

a) Principio de Proporcionalidad

Este principio presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad respecto a que medios cumplen con ser tanto los más efectivos como los necesarios para el ejercicio legítimo de un acto de restricción de derechos. Este principio se encuentra establecido en el artículo 200 de la Constitución Política del Perú que, en su último párrafo, señala: *“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”*.⁸

8 STC EXP. N° 3567-2005-AA/TC, 16 de noviembre del 2006, Huaura, Hugo Demetrio Celino Perales

Asimismo se debe tener en cuenta el Principio de Proporcionalidad, configurado en nuestra Constitución en sus artículos 3, 43 y 200, último párrafo, por lo que este colegiado ha invocado este principio en más de una ocasión para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador. El Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino que también deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (necesidad y adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad

Debe entenderse como la equivalencia que debe existir entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal.⁹

Al respecto, el Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, acoge este principio en su artículo 253, Principios y finalidad, segundo párrafo, que a la letra dice: *“La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”*.

b) Principio de Razonabilidad

Para el Tribunal Constitucional, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido el máximo intérprete de Leyes, “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias

menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta. A partir de eso, este Tribunal, en la STC 2192-2004-AA/TC, indica las pautas a seguir para tomar una decisión razonable que, en estos casos, supone cuando menos:

- a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.
- c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

9 José Antonio Neyra Flores. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. IDEMSA. Lima-Perú, 2010, p. 489.



que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”¹⁰ y ¹¹. En ese sentido, el “juez, director del proceso, debe privilegiar razonablemente la tutela del derecho sobre las formas procesales”¹².

El principio de razonabilidad, a nuestra consideración, es el principal en todo procedimiento, en tanto regula el comportamiento del magistrado, el cual no puede ser arbitrario, ni abusivo sino debe proceder con criterio de conciencia, ante solicitudes de medidas limitativas de derecho; siendo incluso considerado en otras ramas del derecho.

Nuestro Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, establece en su artículo 25 la procedencia del hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere el siguiente derecho que conforma la libertad individual: “... inciso 17) *El derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena*”.

c) El derecho de presunción de inocencia

Nuestra Constitución Política del Perú, establece esta Garantía Constitucional en su artículo 2 inciso 24 acápite e) que establece: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”¹³. Al respecto, el Código Procesal

10 STC N° 00535-2009-PA/TC- Lima Rodolfo Luis Oroya Gallo, 05 de febrero del 2009.

11 En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha dado:

La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.

Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

12 STC N° 3390-2005-PHC/TC-Lima, Jacinta Margarita Toledo Manrique.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000 (Fondo).

120. *El principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo 8.2 de la Convención, exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba*



Constitucional, protege los derechos que tiene toda persona de no ser obligada a prestar juramento ni compelida a declarar o reconocer culpabilidad contra sí misma, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad¹⁴.

Siguiendo la misma línea, nuestro Nuevo Código Procesal Penal establece, en su artículo II del Título Preliminar, el derecho a la Presunción de inocencia. "1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido".

De lo que se concluye que la única forma de considerar a una persona responsable de un ilícito penal es mediante una resolución judicial firme que se haya dictado en un procedimiento regular con las debidas garantías de la Ley donde el procesado haya hecho ejercicio de su derecho de defensa, por tanto, no puede ser presentada una persona ante la sociedad como culpable de un hecho criminal, y mucho menos ser expuesta a la prensa, como en muchas ocasiones ha sucedido. El reconocimiento de este Derecho es un gran logro en la normatividad nacional e internacional.

d) Principio de motivación de Resoluciones Judiciales

La motivación de las resoluciones judiciales es un derecho fundamental y una garantía procesal de toda persona a la cual una entidad u órgano funcional tiene que explicar, de forma descriptiva, el iter mental que ha provocado las conclusiones a las que ha llegado, esto comúnmente se denomina parte dispositiva. La motivación de toda medida de coerción como ya ha sido anotado requiere de un razonamiento individualizado respecto de los presupuestos en que se sostiene su dictado, este es producto de

plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla.

14 Ley N° 28237, Artículo 25 inciso 2.



un encadenamiento de argumentos o inferencias parciales que se presentan en el caso concreto.¹⁵

Al respecto, nuestra Constitución Política del Perú establece en su artículo 139 inciso 5) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan. A su vez, el Código Procesal Constitucional en su artículo 25 inciso 7), protege el derecho que tiene toda persona de que se le restrinja el derecho a su libertad en caso de no encontrarse en flagrante delito, solo mediante mandato escrito y motivado del Juez.

Para el Tribunal Constitucional, el derecho a la motivación implica que en los considerandos de la resolución debe quedar perfectamente claro el razonamiento lógico jurídico por el cual se llega a una determinada conclusión. En ella deben constar los fundamentos de hecho y de derecho que de manera suficiente y razonada lleven al fallo.^{16 y 17}

15 Roberto E. Cáceres J. *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos Constitucionales, Materiales, Formales y su Praxis Jurisprudencial*. Jurista Editores, pp 68, 71.

16 STC N° 6712-2005-PHC/TC. Lima, 20 de enero del 2006.

17 STC N° 02132-2008-PA/TC- Ica, Rosa Felícita Elizabeth Martínez García.

En cuanto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha ampliado su contenido constitucionalmente protegido, precisando en sentencias tales como la recaída en el Expediente N° 03943-2006-PA/TC, que tal contenido se vulnera en los siguientes supuestos:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la

El deber de motivación de las resoluciones en el caso de medidas coercitivas, obliga al Juez, que realice una necesaria ponderación respecto a los derechos fundamentales en evaluación, en tanto cada pedido de aplicación de medida de coerción implica que el Juez realice un razonamiento individualizado para cada caso; que le permite inferir dos pretensiones: 1) el Fiscal quien trata de lograr una medida limitativa de derecho con el fin de que la información acopiada o restricciones efectuadas contribuya al buen desarrollo del proceso; 2) la defensa del imputado, quien en todo momento buscará limitar que los efectos de dicha medida no perjudiquen la situación del imputado durante las investigaciones.

e) Principio de Legalidad Procesal

El principio de Legalidad Procesal, o principio de taxatividad, establece, que se pueden incoar medidas limitativas de derecho que resulten lícitas, solo aquellas que se encuentren expresamente establecidas por Ley. Este principio se encuentra regulado normativamente en el artículo 2 inciso 24 acápite b que establece: *“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”*.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad penal no solo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional

decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica¹⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado en el Caso Gangaram Panday Vs. Surinam¹⁹, la aplicación del principio de legalidad procesal en su análisis 47: "...Nadie puede ser privado de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas por la Ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)".

f) Principio de Excepcionalidad

Por el cual implica que solo deben aplicarse medidas limitativas de derecho, en el caso, de que no exista otro tipo de acciones con el cual el Fiscal pueda lograr el mismo objetivo, con el fin de cumplir con el objetivo de toda investigación preliminar y/o fines del proceso judicial.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su vasta jurisprudencia ha señalado que las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como última ratio, en la medida de que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales... y siempre que no hayan otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia²⁰.

Por ejemplo, el artículo 2 numeral 24 literal f), establece: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del

18 STC Exp. N° 2758-2004-HC/TC

19 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 21 de enero de 1994. Caso Gangaram Panday.

20 STC Exp. N° 0731-2004-HC/TC.



Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, se desprende que la regla general es el respeto irrestricto del derecho a la libertad ambulatoria, y solo en caso excepcional se aplicará dicha medida extrema. Fuera de estos casos excepcionales, el inculgado tiene la posibilidad de concurrir al proceso penal en libertad, con las sujeciones de la Ley".²¹

g) Principio de Provisionalidad o Temporalidad

Las medidas limitativas de derecho pueden ser aplicadas solo por el plazo que sea estrictamente necesario y proporcional con los fines que la motivaron, una vez cumplido con su objetivo, y no siendo necesaria su aplicación, podrán ser modificadas incluso de oficio por el Juzgador, así no medie un pedido de parte. Para César San Martín, las medidas provisionales además de ser provisionales, se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación –en tanto perdura el proceso declarativo– estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial.

El máximo intérprete de la Ley, señala que una vez investigado los hechos, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados.²²

h) Principio de Prueba Suficiente

Este principio implica que deben existir indicios suficientes de que hagan presumir que el afectado con la restricción de sus derechos fundamentales, es responsable de los hechos ilícitos que se investigan. En tal sentido deben existir sospechas fundadas respecto de la responsabilidad de la investigación en la comisión del delito; es el caso de las medidas de detención aplicable a los investigados.

2. El tratamiento de las medidas limitativas en nuestro sistema jurídico

Las medidas limitativas fueron incorporadas por primera vez en nuestra legislación en la Ley N° 27379, del 21 de diciembre de 2000, adicionán-

²¹ Jorge Rosas Yataco. *Derecho Procesal Penal*. Juristas Editores, 2005, p. 589.

²² STC Exp. N° 791-2002-HC/TC.



dose posteriormente modificaciones mediante el Decreto Legislativo N° 988 del 22 de julio del 2007, con el fin de que el Estado hiciera frente al riesgo de ineficacia en atención al peligro por la demora en actuaciones procesales, para limitar algunos derechos y así garantizar la eficacia en las averiguaciones, asegurando las fuentes de prueba y las personas vinculadas al delito.

En primer momento, la Ley 27379, señala que estas medidas limitativas son aplicables solo a tres ámbitos delictivos: 1) Delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, 2) Delitos de Peligro Común, contra la Administración Pública, delitos agravados, previstos en el Decreto Legislativo N° 896; delitos aduaneros, previstos en la Ley N° 26461; y delitos tributarios, previstos en el Decreto Legislativo N° 813, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; 3) Delitos de terrorismo, previstos en el Decreto Ley N° 25475 y sus normas modificatorias y conexas, de apología del delito en los casos previstos en el artículo 316 del C. P.; de Lavado de Activos previsto en la Ley N° 27765; de Tráfico Ilícito de Drogas, previstos en los artículos 296, 296-A, 296-B, 297 y 298 del C. P.; delitos contra la Humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del C. P.; y, delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del Código Penal”.²³ Posteriormente se adicionaron: 4. Delitos contra la Libertad previstos en los artículos 152 al 153-A y de extorsión previsto en el artículo 200 del C.P., siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas y 5) Otros delitos, cuando el agente integre una organización criminal.

En el Nuevo Código Procesal se innova estas figuras jurídicas, en tanto se establece un régimen general de medidas limitativas de derecho, la que resultará aplicable a todos los casos, siempre y cuando se den los criterios suficientes para establecer su imposición. Al respecto, el artículo 253 inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal establece: “Los derechos 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”. Finalmente debemos agregar que nuestro nuevo Código Procesal

23 Inciso modificado por el Artículo Único del Decreto Legislativo N° 988, publicado el 22 julio 2007.



Penal establece un sistema acusatorio contradictorio, en el cual aparte de darse la separación de funciones, también es, que este es contradictorio, oral, concentrado, imparcial, donde sobresale el derecho de defensa que las partes pueden hacer uso durante todo el proceso y, por lo tanto, deben tener conocimiento de todas las actuaciones por parte del Ministerio Público, como titular de la acción penal y carga de la prueba.

BIBLIOGRAFÍA

CÁCERES J., Roberto E. *Las Medidas Cautelares en el Nuevo Código Procesal Penal, Presupuestos Constitucionales, Materiales, Formales y su Praxis Jurisprudencial*. Jurista Editores.

CARBONE, Carlos Alberto. *Grabaciones, Escuchas Telefónicas y Filmaciones como medios de prueba*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires - Argentina.

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor. *Lecciones del Derecho Procesal Penal*. Segunda Edición. Madrid, 2003.

FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Tomo II. Editores Importadores S.A. Lima.

HORVITS, María Ines y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. IDEMSA. Lima-Perú, 2010.

ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Juristas Editores. 2005.

RUBIO LORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1995.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Lima, 2006.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. *El Nuevo Código Procesal Penal*. Editora Jurídica Grijley, 2004.



Artículo VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal

- 1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.**
- 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.**
- 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.**
- 4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo.**

COMENTARIO:

¿ES POSIBLE APLICAR RETROACTIVAMENTE LA LEY PROCESAL PENAL O DE EJECUCIÓN PENAL DESFAVORABLE?

ESTENIA DOLIVETH INFANTE CASTILLO*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que ha venido siendo materia de un intenso debate jurídico está referido a los alcances de la irretroactividad de la ley penal desfavorable, y si el ámbito de la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales regulado en el numeral 11) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, comprendería también a la aplicación de las normas procesales penales y de ejecución penal. Por ello, mi intención en el presente artículo es esbozar tanto las posiciones doctrina-

* Fiscal Adjunta Provincial Penal Titular de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Piura.



les como jurisprudenciales que han surgido en torno al tema, y finalmente, dejar sentada mi posición al respecto.

De manera preliminar señalaremos que el artículo 6 del Código Penal establece en su segundo párrafo que si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley, e incluso, el artículo 7 del citado Código señala que, si según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho (la denominada retroactividad benigna). Por otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal (2004), con respecto a la vigencia e interpretación de la Ley procesal penal, establece que la Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado. Agrega que la Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible, y que la Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. Concluye que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo. Asimismo, el artículo VIII del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N° 654), establece que la retroactividad y la interpretación del Código se resuelven en lo más favorable al interno.

II. TENDENCIAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Claus ROXIN señalaba que tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de “prohibiciones”, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de la analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de la retroactividad y la prohibición de las leyes penales indeterminadas e imprecisas. Sin embargo, conforme ya había sido acogido por la jurisprudencia alemana, Roxin señala que en el Derecho procesal en



principio no rige la prohibición de retroactividad. La prohibición de leyes penales retroactivas solo rige respecto del derecho material. La tendencia jurisprudencial alemana citada por Roxin establece que es obvio que, desde su entrada en vigor, los nuevos preceptos del Derecho procesal rigen también respecto a los procedimientos ya en curso, concluyendo que el principio de legalidad se ciñe a las acciones punibles y a las sanciones que deben imponérselos, y no protege la confianza en que haya lagunas en el ordenamiento procesal.¹

Por otro lado, Enrique BACIGALUPO sostiene que la ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la vigente en el momento de su comisión. Se trata de una regla que se deriva del principio de legalidad, que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley (salvo la excepción de la retroactividad de la ley más favorable). Es decir, las leyes penales solo alcanzan a los hechos cometidos después de su entrada en vigor. Es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas. Tal exigencia, por lo demás se refiere tanto a la tipificación del hecho punible como a la amenaza de la pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito. Por el contrario, la opinión dominante entiende que las disposiciones de carácter procesal pueden aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor. Finaliza señalando que el Tribunal Constitucional (Español) ha reconocido acertadamente, la aplicación del principio de irretroactividad a las leyes procesales que regulan la prisión provisional (SSTC 32/87 y 33/87), los cuales han sido recogidos por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del Exp. 1300-2002-HC/TC de fecha 27/08/2003 respecto de los plazos del mandato de detención.²

A su vez, José HURTADO POZO refería que ni el Código Penal ni el Código de Procedimientos Penales contienen regla alguna sobre la retroactividad o irretroactividad de las distintas posiciones procesales con relación al momento en que se cometió el delito que dio lugar al proceso. Cosa diferente es si el punto de referencia es el instante en que se ejecutó el acto procesal. En esta segunda hipótesis, se parte de que se aplica la ley vigente en el momento en que dicho acto fue llevado a cabo. En nuestro medio, en la doctrina, jurisprudencia y la legislación, se ha admitido, siempre la retroactividad de la ley procesal. En doctrina, se considera que las leyes procesales se aplican

-
- 1 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Civitas S.A. Quinta Edición, 2010, pp. 140-164.
 - 2 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. ARA Editores EIRL. Primera Edición. Lima, Perú, 2004, pp. 178-179.

de inmediato, aún a los procesos iniciados por infracciones cometidas antes de su entrada en vigor. Los argumentos utilizados son los mismos que los esgrimidos en el extranjero. Se parte de la presunción de que las nuevas reglas procesales conducen a una “aplicación más exacta y justa de las leyes punitivas”, y de la convicción de que ellas son “establecidas en el interés de la buena administración de justicia”. Hurtado POZO, siguiendo la línea de RAGUÉS y VALLÉS, agrega que considera preferible una aplicación discriminada de la regla de la retroactividad de las leyes procesales. No hay que admitirla en los casos en que comporte una agravación de la situación del procesado, quien no siempre es el delincuente. Esta es la situación, en general, cuando la nueva ley restringe los derechos individuales o amplía y acentúa el poder coactivo de los órganos de represión.³ Como ya lo había señalado BINDER: “No existe mayor diferencia entre la irretroactividad de la ley procesal penal y retroactividad penal, pues ambas se relacionan con el control sobre la arbitrariedad en el ejercicio del poder penal”⁴.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha asumido una posición en contrario, estableciendo que “con relación a la aplicación de las normas penales, este Tribunal ha manifestado, en reiterada jurisprudencia, que en la aplicación de normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra *vigente* al momento de resolverse” (se estableció que son vinculantes para todos los operadores jurídicos estos criterios de interpretación).⁵ A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal material, la doctrina coincide en que en el derecho procesal penal la regla es distinta. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales. Incluso, señala el TC, que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario, es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal, o que en él existen, simultáneamente, normas de una y otra disciplina⁶.

3 HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Editora Jurídica Grijley, Tercera Edición. Lima, 2005, pp. 324-329.

4 Citado por HUAYLLANI VARGAS, en su artículo: “Alcances sobre la irretroactividad de la ley penal y procesal penal desfavorable”. *Diálogos con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Tomo N° 139, Abril 2010, pp. 253-263.

5 STC N° 2496-2005-PHC/TC, FJ. 12, su fecha 17.05.2005, Caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez.

6 STC N° 1593-2003-HC/TC, FJ. 4-8, su fecha 30.01.2004, Caso Dionicio Llajaruna Sare.



III. CONCLUSIÓN

La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex previa*. La exigencia de la ley previa constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de Derecho (artículo 43 de la Constitución), que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos. En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, *prima facie*, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal. Sin embargo, sostengo que en aquellos casos que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción de la libertad, no regirá la regla *tempus regit actum*, sino que se aplicará la legislación vigente al momento de realizarse la infracción. Aunado a ello, debemos señalar que las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, estas deben considerarse, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, como normas materialmente procesales. Se trata, en efecto, de normas que establecen los presupuestos para iniciar un procedimiento (artículo 50 y 55 del Código de Ejecución Penal) destinado a crear certeza en el juez penal de que el tiempo de prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena, aunque su aplicación deberá estar siempre condicionada a la restricción señalada anteriormente para la norma procesal.



Artículo VIII. Legitimidad de la prueba

1. *Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.*
2. *Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.*
3. *La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio.*

Artículo IX. Derecho de Defensa

1. *Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.*
2. *Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
3. *El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición.*

COMENTARIO 1:

LA INVOLABILIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma procesal penal iniciada a partir de la vigencia del Código Procesal Penal de 2004¹ y su implementación gradual ha generado gran expec-

* Vocal de la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Magíster en Derecho. Docente de Derecho Procesal Penal en la Universidad César Vallejo.

1 En adelante NCPP.

tativa respecto de esta nueva forma de construir la justicia penal en el Perú. Esta construcción exige un soporte de formas que se encuentran orientadas al respeto de los derechos fundamentales; en contraposición a aquellas prácticas generalizadas de recurrir a la tortura y a sufrimientos innecesarios para alcanzar una verdad que bajo tales condiciones se obtenía del imputado. Sin embargo, este respeto de los entes estatales (fiscalía y policía) a los límites en la actividad investigada debe encontrarse efectivamente garantizado de manera adecuada a través de un sistema de mecanismos orientados a que los actos de investigación no afecten de manera ilimitada algún interés, y que, por el contrario, se realice dentro de los márgenes de razonabilidad. En la norma procesal se ha previsto mecanismos tradicionales que funcionan a manera de sanción cuando se ve afectado un derecho fundamental siendo el caso por excelencia de las nulidades procesales. Pero también se ha previsto otro tipo de mecanismos cuya activación corresponde exclusivamente al imputado o su defensa para obtener un control de aquellos actos que puedan ocasionar alguna afectación a derechos distintos a los protegidos con la nulidad en la etapa preparatoria como es el caso de la Tutela de derechos. La aprehensión del verdadero sentido y real dimensión del derecho de defensa en el proceso penal acusatorio no es un tema que concierna exclusivamente a quienes asumen el rol de defensores, sino que vincula también a la Policía, Fiscales, y al Juez; siendo esta consideración la que permitirá la legitimación del sistema de enjuiciamiento en el Perú. Aquí radica la importancia de desarrollar el presente estudio, por ello, en las líneas que siguen se intentará abordar el contenido del derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal.

II. LA VERDAD EN EL PROCESO PENAL Y EPISTEMOLOGÍA FALSACIONISTA

El modelo perfilado en las sociedades postindustriales puede definirse como la sociedad de la "inseguridad sentida" (o como la sociedad del miedo)². Así se ha afirmado que en medida creciente la seguridad se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado y, en particular, el Derecho penal deben dar respuesta³. Sin embargo, el problema de la seguridad ciudadana, la criminalidad organizada, la actual "industria del miedo" constituida por titulares espectaculares de los medios de comunicación y la ausencia de verdaderas políticas orientadas al control de la criminalidad a través de auténticos me-

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*; 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001, p. 32.

3 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit., p. 40.



canismos democráticos⁴ contribuyen al descrédito del Estado, y en general, de las instituciones que componen el sistema de justicia (Ministerio Público, Poder Judicial, el sistema de defensoría de oficio). Aún cuando la persecución del delito es una función que compete por mandato constitucional al Ministerio Público, la problemática antes mencionada ha intensificado, en las últimas décadas, la discusión acerca de si es preferible un modelo de derecho penal flexible respecto a determinadas garantías y libertades o si, por el contrario, es preferible la conservación de un derecho penal “clásico” como el derecho penal liberal. Como es evidente, el modelo de proceso penal no es ajeno a dicha discusión habiendo optado el legislador peruano, en el Código Procesal Penal del 2004, por un modelo acusatorio respetuoso de los derechos fundamentales del imputado.

Conforme a cierta tradición, la finalidad del proceso penal se encuentra constituida por la averiguación de la verdad “histórica” y su pretensión de lograr la reconstrucción de los hechos tal como sucedieron. Desde la perspectiva del Estado de Derecho, dicha finalidad puede ser legítima, sin embargo, en la realidad, solo podría aproximarse a una buena intención antes que a conseguir su finalidad. Ello se debe a que el proceso penal se impone –asimismo– límites formales a través de los mecanismos de cómo se obtiene o se llega a la verdad. Dichos límites formales se encuentran constituidos por el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona declarados por la Constitución y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado. Así, la verdad que resulta de un proceso formalizado (no burocrático) es una verdad formalizada.

El proceso penal no es apto para “reconstruir” los hechos que forman un determinado conflicto penal, sino que, en realidad, los “redefine”. Ese conflicto base es redefinido a lo largo del proceso para convertirse en un nuevo conflicto, al cual se le enlaza una sanción que forma parte de una conflictividad nueva. En otras palabras y como sostiene BINDER: el proceso penal no “soluciona” un determinado conflicto mediante la averiguación de la verdad, sino que toma ese conflicto del seno de la sociedad, lo redefine a través de innumerables mecanismos –entre los cuales, sin duda, está también el intento de reconstruir la verdad– y, luego, lo reinstala en la sociedad con una mayor cuota de legitimidad, según las características de ese proceso penal⁵.

4 Por contraposición a la inflación penal que lejos de constituir una informada, debatida, consensuada y razonada política criminal, discurre por carriles superfluos de la creación indiscriminada de tipos penales y la agravación de penas.

5 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho proceso penal*. AD-HOC. Buenos Aires, 1993, p. 175.

En el Estado de derecho solo puede encontrar legitimación formal la decisión del conflicto jurídico-penal en su producción conforme a reglas de una verdad "procesal" entendida, sin implicaciones metafísicas, y lo más próxima posible entre las proposiciones jurisdiccionales y las proposiciones fácticas y jurídicas del caso. El nexo exigido por el principio de estricta legalidad entre la "validez" (vinculabilidad) de la decisión y la "verdad" de la motivación es especialmente importante en el ámbito de la jurisdicción penal. Se trata de una verdad limitada epistemológicamente y normativamente, y condicionada subjetivamente, pues la verdad objetiva, cierta, absoluta es la expresión de un ideal inalcanzable y porque en un Estado de derecho no resulta legítima la obtención de la verdad "a cualquier precio"⁶. En este sentido, las garantías procesales están orientadas a asegurar la intervención activa de los participantes del conflicto jurídico-penal en el establecimiento de la decisión, en consecuencia, el proceso penal es un proceso de comunicación en que cada uno de los intervinientes tiene la posibilidad real de influir sobre su resultado⁷. Es, por ello, que al nuevo proceso penal se le califica de adversarial, y que el debate en vista pública es controversial, agonístico, y que se actúa dentro de un juego, el escenario judicial, para ganar, para vencer a un contrincante, valiéndose de evidencias, de elementos probatorios y de informaciones que sustentarán unas argumentaciones persuasivas. Este lenguaje, propio del nuevo proceso penal, cuando se refiere al juicio, desecha el modelo del diálogo, y privilegia la erística noble, la lucha de contrarios, la dialéctica. Pero asimismo, exige igualdad de armas, igualdad de oportunidades para arribar en igualdad de condiciones a la arena judicial. Y, por supuesto, respeto a los principios de publicidad, defensa, imparcialidad del juzgador, oralidad⁸.

III. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INVOLABILIDAD DE LA DEFENSA

Durante mucho tiempo, en el proceso inquisitivo, la posición del imputado casi se limitó al papel de objeto, es decir, el imputado era puesto en manos de la intervención de la persecución penal estatal, prácticamente indefenso. Solo con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal

6 HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*, T. I. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 27.

7 HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 28.

8 CALDERON MONTENEGRO, Henry Alberto. La actividad probatoria de la defensa antes de la formulación de la Imputación. El derecho a la investigación, en: *El proceso penal acusatorio penal colombiano*, T. I, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, p. 20.



reformado del siglo XIX se abre paso paulatinamente la idea de que el imputado también, y ante todo, debe ser reconocido como un sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso⁹.

En el sistema inquisitivo, el acusado representa un objeto de persecución, sin la consideración de sujeto de derechos y sin la posibilidad de defenderse de la imputación deducida en su contra. El acusado, en este sistema, era obligado a inculparse asimismo mediante métodos crueles para quebrar su voluntad y obtener su confesión, que constituía el centro de gravedad del procedimiento. En la investigación, la tortura constituía su esencia y la regulación probatoria solo cumplía el fin de requerir mínimos recaudos para posibilitar el tormento. En cambio, en el sistema acusatorio, el acusado es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador resistiendo la imputación, ejerciendo su derecho a defenderse¹⁰.

El derecho de defensa en el sistema acusatorio consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe. Para BINDER, el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal¹¹. La defensa en juicio no es únicamente un derecho disponible por parte del imputado, sino que también está en juego la legitimidad del juicio y del proceso en general conforme a lo exigido por el Estado de Derecho¹².

Respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, el TC ha sostenido que: *"... garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las*

9 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2006, p. 124.

10 Acerca de la dicotomía acusatorio-inquisitivo y los diversos sentidos en los que comúnmente es empleada: Cfr. LANGER, Máximo. "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Edmundo Hendler (comp.). Editores del Puerto, 2004, p. 239.

11 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 151.

12 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 155.



razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido..." (Exp. N° 0010-2002-AI, 03/01/03)

El derecho a la defensa comprende genéricamente los siguientes derechos:

- a) El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;
- b) El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;
- c) El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;
- d) El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y
- e) El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista.

Cabe precisar que la garantía que constituye el derecho de defensa no se restringe al ámbito de un procedimiento penal sino que, por el contrario, se extiende al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues como sostiene MAIER protege todo atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal¹³.

3.1. Su declaración en la Constitución Política de 1993 y en los tratados internacionales de los derechos humanos ratificados por el Perú

Estas garantías se contemplan en los Artículos 7, 8 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Artículo 11.1 de la Declaración Universal de derechos Humanos; artículos 9, inc. 2 y 4, 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). El no respeto de estas garantías puede conllevar la nulidad de actuaciones del procedimiento o, incluso la nulidad del juicio y de la sentencia.

La Constitución Política de 1993, en su artículo 139.14, reconoce: *"...El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comu-*

13 MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal*. T. I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2ª edición. Buenos Aires, 2004, p. 541.



nicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad...”.

El derecho penal tiene como fundamento el respeto de la dignidad humana, y en ese sentido, el trato igualitario a todos los intervinientes en el proceso penal parte del respeto debido a la dignidad humana. La dignidad de la persona humana se funda en el hecho controvertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas¹⁴.

3.2. Las dimensiones del Derecho de defensa

El derecho de defensa del imputado comprende la defensa material como la defensa técnica¹⁵. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado. La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

Es, en consecuencia, una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar la igualdad de posiciones en el proceso penal. La defensa técnica, que permite al imputado contar con la asistencia necesaria cuando no posee conocimientos jurídicos suficientes o cuando, poseyéndolos, no pueda aplicarlos de forma idónea o adecuada.^{16 y 17}

14 GONZALES NAVARRO. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. T. I, Leyer, Bogotá, 2005, p. 156.

15 En el fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Miranda vs. Arizona” se estableció que cuando alguien se encuentra en custodia policial y es interrogada debe ser informada de: 1) Del derecho a guardar silencio, 2) que, lo que diga puede ser utilizado en su contra, 3) Del derecho a tener un abogado presente durante el tiempo que es interrogado, 4) Su derecho a poder ser asesorado con un abogado antes de declarar, 5) El derecho de contar con un abogado pagado por el Estado en caso de que no tenga recursos.

16 HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 228.

17 El TC en el Exp. N° 6260-2005-HC, 12/09/05, ha declarado que “...el ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo



3.2.1. El derecho de defensa material

A esta primera dimensión puede reconducirse un primer grupo de derechos:

3.2.1.1. Derecho de información

La CADH establece que el inculpado tiene derecho a que se le comuniquen previa y detalladamente los cargos formulados (artículo 8.2.b). El PIDCP consagra el derecho del imputado a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra (artículo 14.3.a)

El NCPP establece que los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra cuando corresponda (artículo 71.2.a)¹⁸.

Una declaración recibida por el funcionario policial o fiscal sin haber cumplido con hacer saber al investigado los cargos imputados es nula.

instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión...”

- 18 [E]l juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce. Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual determina que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional (Exp. N° 3390-2005-HC, 06/08/05).

3.2.1.2. Derecho de intervención en el procedimiento

Es una manifestación del *derecho a ser oído*¹⁹ y está constituido por la posibilidad del imputado de intervenir en el procedimiento sea para ser excluido tempranamente de la persecución penal o para influir sobre la decisión del tribunal de juicio oral a través de la producción, confrontación y valoración de la prueba. Esta es la lógica del proceso penal.

El principio de contradictoriedad tiene como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales. Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además, reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de producir pruebas de cargo y de descargo respectivamente: la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener de tal modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario²⁰.

La CADH y el PIDCP establecen el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo (artículo 14.3 e) del PIDCP y artículo 8.2 f) de la CADH). Así, en el juicio oral –y en los casos excepcionales de prueba anticipada–, por ejemplo, la posibilidad de ejercer el contradictorio está referido fundamentalmente a los siguientes aspectos: 1) Poner de manifiesto la falta de credibilidad personal del testigo, lo cual puede estar asociado a sus antecedentes personales (antecedentes penales anteriores), a su

19 Conforme a este derecho las decisiones judiciales solo pueden basarse en aquellos hechos y elementos de prueba sobre los cuales se les haya ofrecido a las partes la oportunidad de tomar posición ROXIN, Claus, Ob. cit., p. 124.

20 CAFFERATA NORES, José. *Derecho Procesal Penal, Consensos y Nuevas Ideas*. Imprenta del Congreso de la Nación. Buenos Aires, 1998, p. 57.



capacidad de percepción (problemas auditivos o visuales), relaciones con una de las partes (amistad, parentesco, vínculos profesionales, económicos, etc.); 2) falta de credibilidad del testimonio —el contraexamen se dirigirá a poner de manifiesto las inconsistencias, incongruencias, contradicciones u omisiones de las declaraciones prestadas por el testigo—; 3) inconsistencias del testigo con otras versiones presentadas en el juicio; 4) inconsistencia del testigo con las reglas de la lógica, máximas de la experiencia o conocimientos científicamente afianzados; 5) no debe descartarse como objetivo del examen el utilizar la declaración del testigo para acreditar proposiciones fácticas propias; 6) utilizar el contraexamen para incorporar evidencia material propia²¹.

3.2.1.3. Derecho que impone un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución penal y el enjuiciamiento

Se trata de que tales órganos se abstengan de afectar los derechos del imputado, ya sea porque se encuentran teleológicamente conectados con el derecho de defensa o ya sea porque emanan del principio de la dignidad humana. Estos derechos son:

- a) A guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento²².

El principio de no autoincriminación (*Nemo tenetur se ipsum accusare*) tiene un amplio reconocimiento en las declaraciones internacionales de derechos humanos.

Así se encuentra recogido en el artículo 14.3 g, del PIDCP como el derecho de toda persona “a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Este derecho tiene tres dimensiones²³: a) derecho a no prestar juramento al momento de decla-

21 BLANCO SUAREZ, Rafael / DECAP FERNANDEZ, Mauricio / MORENO HOLMAN, Leonardo / ROJAS CORRAL, Hugo. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. LexisNexis, 2005, Santiago de Chile, p. 206.

22 La V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos declaró que nadie puede ser forzado a declarar contra sí mismo en ninguna causa penal.

23 Respecto al principio Nemo tenetur y su desarrollo en la jurisprudencia penal alemana, Ver: ROXIN, Claus. *La Evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso penal*. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 123. Desde una perspectiva histórica acerca de esta garantía, Cfr. TEDESCO, Ignacio. *La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico*



rar; b) derecho a guardar silencio; y c) derecho a no ser utilizado como fuente de prueba inculpativa en contra de sí mismo.

- b) A no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos y degradantes²⁴.

El Tribunal Constitucional ha declarado que "... el reconocimiento de este derecho humano [a no ser objeto de tratos inhumanos] excede su dimensión estricta de derecho subjetivo y se proyecta, además, como un valor o principio constitucional objetivo del derecho penitenciario, en cuanto principio de humanidad de las penas (Exp. N° 1429-2002-HC, 19/11/02).

- c) A no ser juzgado en ausencia.

Este derecho impide al Estado someter a juicio a quien desconociendo la existencia del proceso no puede ejercer libremente su defensa. Como consecuencia de ello no es posible condenar al ausente, pero sí absolverle cuando sea manifiesta la falta de razonabilidad de los cargos o cuando la prueba ofrecida sea insuficiente.

- d) Prohibición de exceder, en la sentencia, del contenido de la imputación (principio de congruencia).

La sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, esto es, no puede condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella. Su infracción genera la nulidad absoluta de la sentencia. Por otro lado, la variación sorpresiva de la calificación jurídica de los hechos en la sentencia puede afectar el derecho de defensa del imputado si ella estuvo fuera de las previsiones del defensor y perjudica en forma intensa a su defensa. Por ello, el Tribunal está en el deber de advertir esa posibilidad, durante la audiencia, a fin de garantizar la posibilidad de que las partes realicen las alegaciones que consideren pertinentes.

- e) Prohibición de *reformatio in peius*.

Esta garantía consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición

comparado, p. 29 y ss., en: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Edmundo Hendler (comp.). Editores del Puerto; 2004, p. 239.

24 Así, el artículo 71.2.e), del Código Procesal Penal de 2004, utiliza la siguiente fórmula legislativa: "Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por la Ley...".



de un recurso de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella solo hubiese sido recurrida por él²⁵ o por otra persona autorizada por la ley, en su favor. Las atribuciones del tribunal que decide se limitan a los puntos que constituyen los agravios invocados por el impugnante.

3.2.2. El derecho de defensa técnica

La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen el deber para los Estados partes de proporcionar un defensor de oficio al imputado que no se defienda por sí mismo ni designe defensor dentro del plazo legal.

El TC ha declarado y reconocido, en el Exp. N° 0726-2002-HC, 21/06/02, que: "... la garantía de no quedar en estado de indefensión se proyecta a lo largo de todo el proceso y, por su propio efecto expansivo, contiene, a su vez, un conjunto de garantías mínimas que en todo momento deben observarse. Entre ellas se encuentra, conforme dispone el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la necesidad de conceder al inculcado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, el derecho de defenderse a través de un defensor de su elección y, por lo que ahora importa resaltar, el derecho del inculcado de comunicarse libre y privadamente con su defensor...".

El derecho comprende la posibilidad que el imputado designe un letrado de su confianza y, si no lo tiene o no puede tenerlo, a que se designe un defensor penal público.

El defensor puede ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado actuando en el procedimiento como representante del imputado. Es decir, no excluye la participación del imputado, ni los actos del defensor suplen los actos de su defendido.

25 Sin perjuicio de la discusión acerca de si el recurso de apelación del Fiscal contra la sentencia absolutoria vulnera el *Ne bis in idem*. Desde la perspectiva de esta doctrina, de un lado, existe la imposibilidad de revisar una sentencia firme en contra del imputado. El imputado que ha sido absuelto no puede ser condenado en un segundo juicio; y, el que ha sido condenado no puede ser condenado a una sentencia más grave. Así, la única revisión posible es aquella que sea a favor del condenado. De otro lado, una persona no puede estar sometida a dos procesos por el mismo hecho y el mismo motivo.



3.2.2.1. Un mecanismo nuevo: La tutela de derechos

El Código Procesal Penal de 2004 incorpora al proceso un mecanismo sin precedente en nuestra legislación previsto en el artículo 71.4 del NCPP denominado Tutela de derechos. Este mecanismo, exclusivo de todo investigado y su defensor, refuerza no solo el derecho de defensa en la etapa preparatoria sino además el interés del afectado cuando la posible afectación se produzca en las diligencias preliminares.

El principal carácter de la tutela de derechos radica en la “urgencia” de la medida dada la no consumación de la lesión y, que, por tanto, hace necesario un pronunciamiento inmediato de parte del órgano tutelar. De esta manera quedan excluidos del ámbito de la tutela de derechos aquellos actos cuya subsanación deviene en ineficaz por tratarse de afectaciones ya consumadas; por ejemplo, cuando ya se ha recibido una declaración ante la policía sin que el imputado contase con la asesoría de un Abogado de su libre elección o uno de Oficio. En este caso no se trata de un acto tutelable –por ineficaz– sino más bien de un acto nulo por directa afectación del derecho de defensa; cuya declaración genera como efecto el realizar una nueva diligencia. Pero el incumplimiento de un procedimiento formal previsto en la norma no necesariamente conlleva a solicitar la Tutela de derechos pues dicho incumplimiento podría favorecer en ocasiones a la propia defensa. Piénsese, por ejemplo, el caso de un Reconocimiento de personas en el que no se ha cumplido con el procedimiento previsto en el artículo 189 en tanto la persona a individualizar no se le ha puesto a la vista junto con otras de aspecto exterior semejantes. En este caso aún cuando puede alegarse el incumplimiento meramente formal desligado del sentido de la norma, sin embargo, no se aprecia de manera directa una afectación que sea tutelable; incluso dichas circunstancias podrían favorecer a la defensa en el juzgamiento, pues podría servir de fundamento para cuestionar la credibilidad de la prueba.

El ámbito de la tutela de derechos comprende aquellos requerimientos ilegales efectuados en la etapa preparatoria y diligencias preliminares. A diferencia de las nulidades absolutas, estas operan solo a pedido de parte. La tutela de derechos procede en tanto el afectado es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas; por ejemplo, seguimientos o videovigilancia por delitos de menor



gravedad. También procede cuando el investigado es objeto de Requerimientos ilegales; por ejemplo, si la policía sin mediar flagrancia o peligro de perpetración, procede a incautar determinados bienes que se presumen delictivos.

Por tratarse de medidas urgentes el NCPP ha establecido solo los siguientes efectos: subsanar una omisión (designar Abogado defensor en la etapa preparatoria); dictar medidas de corrección (Disponer la devolución de bienes incautados sin que haya existido flagrancia o peligro de perpetración); dictar medidas de protección (disponer el examen médico del detenido cuando lo requiriese).

IV. CONCLUSIONES

1. El problema de la seguridad ciudadana, la criminalidad organizada, la actual "industria del miedo" constituida por titulares espectaculares de los medios de comunicación y la ausencia de verdaderas políticas orientadas al control de la criminalidad a través de auténticos mecanismos democráticos contribuyen al descrédito del Estado y en general de las instituciones que componen el sistema de justicia.
2. Sin embargo, la opción asumida por el NCPP está orientada hacia el respeto de los derechos fundamentales del imputado, tomando de esta manera distancia de concepciones derivadas de un modelo de derecho penal flexible respecto a determinadas garantías y libertades.
3. Las garantías procesales están orientadas a asegurar la intervención activa de los participantes del conflicto jurídico-penal en el establecimiento de la decisión, en consecuencia, el proceso penal es un proceso de comunicación en que cada uno de los intervinientes tiene la posibilidad real de influir sobre su resultado.
4. El derecho de defensa en el sistema acusatorio consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe.
5. El derecho de defensa del imputado comprende la defensa material como la defensa técnica. La defensa material consiste en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado. La defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

COMENTARIO 2:

**EL CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA NUEVA CONFIGURACIÓN
DEL PROCESO PENAL**

Una aproximación desde el derecho de defensa

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO*

I. INTRODUCCIÓN

La aparición de una ley genera siempre una gran expectativa social y jurídica. La promulgación del nuevo Código Procesal Penal no plantea una excepción a esta afirmación, sino todo lo contrario: Es una confirmación.

La expectativa social que deriva de la promulgación de este nuevo Código Procesal Penal se relaciona con la consideración de la criminalidad como uno de los principales problemas de nuestra sociedad y de la calificación de inoperatividad e ineficacia que nuestro sistema de justicia penal recibe por parte de la ciudadanía. La sociedad espera entonces del nuevo Estatuto Procesal Penal que sirva para combatir eficazmente la criminalidad y superar la continua "crisis de la administración de justicia"¹.

La expectativa jurídica que suscita el novísimo Código Procesal Penal se relaciona con la asunción del modelo procesal acusatorio garantista y la superación de la impronta inquisitiva existente en nuestro procedimiento penal durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales.

Uno de los aspectos que permiten vislumbrar la orientación acusatoria garantista del Código Procesal Penal y la vinculación de la reforma procesal a la Constitución² es el derecho a la defensa y sus diversas expresiones; en esta contribución, abordaré –aunque solo aproximativamente, como ya advierto

* Abogado asociado al Estudio Sousa & Nakazaki Abogados. Profesor de Derecho Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

1 En este sentido se expresaba Pablo Sánchez Velarde, en 1994, indicando que los últimos movimientos nacionales de reforma procesal penal tenían como denominador común "la crisis de la administración de justicia"; véase: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Idemsa. Lima, 1994, pág. 19; también: ÁLVAREZ YRALA, Edgar & RIVERA PAZ, Carlos. "Nuevo Código Procesal Penal: ¿Ahora sí...?". En: *Justicia Viva*. N° 79, disponible en www.justiciaviva.org.pe.

2 En este sentido: CARO CORIA, Dino Carlos. "Las garantías constitucionales en el Proyecto del Código Procesal Penal de mayo de 2004". En: *Jurídica. Suplemento de Análisis legal del diario oficial "El Peruano"*. N° 4. Lima, 14 de junio de 2004, pág. 8.

en el título– el tratamiento del derecho de defensa en el Código Procesal Penal.

II. EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El artículo IX del Título Preliminar del novísimo Código Procesal Penal desarrolla el derecho a la defensa de modo bastante extenso, a través de los diversos principios que lo integran: Igualdad de armas, derecho de contar con asistencia letrada, derecho a ser informado, la prohibición de autoincriminación y el derecho a mantenerse silente.

1. El derecho a la defensa: Cuestiones generales

El derecho a la defensa en juicio es calificado como uno de los ámbitos paradigmáticos del debido proceso penal. Constitucionalmente es reconocido por la declaración contenida en el artículo 139.14 del Texto Fundamental (“Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ... El principio de no ser privado del derecho a la defensa en ningún estado del proceso”), en sintonía con los desarrollos de los principales instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Es por este motivo que el profesor argentino Alberto Binder llega a sostener que la garantía de defensa en juicio es la que torna operativas las demás garantías del proceso penal³.

En virtud al mismo, toda persona tiene –sin perjuicio del derecho a la presunción de inocencia que le asiste– derecho a defenderse de las imputaciones que se le hagan dentro de un proceso penal.

El derecho a la defensa en juicio se trata de una garantía que –por estar relacionada a la existencia de una imputación contra el ciudadano– se materializa desde el momento mismo en que la imputación aparece, es decir, incluso desde etapas previas al inicio del proceso penal (etapa policial e investigación fiscal)⁴, lo que supone la exigibilidad de su respeto desde dichos momentos.

Esta operatividad instantánea del derecho a la defensa viene reconocida en el artículo IX del Título Preliminar del novísimo Código Procesal Penal

3 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad- Hoc. Buenos Aires, 1993, pág. 151.

4 BINDER, Alberto. Op. cit., pág. 152; ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Alternativas, Lima, 1999, pág. 73; MALDONADO, Pedro. *Pruebas penales y problemas probatorios (proceso penal venezolano)*. 3ª edición. Ávila Arte. Caracas, 1989, pág. 81.

cuando se indica que “El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”. No obstante, la última precisión (“... en la forma y oportunidad que la ley señala”) evidencia la existencia de limitaciones al ejercicio del derecho a la defensa; así, por ejemplo, ocurre en los casos de reserva y secreto de la investigación a la que se alude en el artículo 324 del Código Procesal Penal.

Ahora, conviene recordar la explicación hecha por San Martín Castro, siguiendo a Maier, en el sentido de que el derecho de defensa en juicio se extiende no solo al imputado, sino también a otras personas, como el actor civil o el tercero⁵.

Esto último ha sido reconocido expresamente por el numeral 3 del artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal; así se indica: “El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”. Tal declaración enfatiza el interés que ha generado la víctima del delito y su posición en el proceso en este instrumento legislativo; muestra de ello es el contenido del Título IV de la Sección IV del Libro Primero (“La Víctima”)⁶.

2. El derecho a contar con asistencia letrada o autodefenderse

El derecho a la defensa en juicio comprende el derecho a la asistencia letrada. El ejercicio del derecho a contar con una asistencia letrada supone la posibilidad de elegir libremente al abogado encargado de la defensa del imputado o de contar con uno de oficio.

Pero el artículo IX del Título Preliminar del nuevo Estatuto Procesal Penal no solo reconoce el derecho a contar con asistencia letrada sino que otorga al ciudadano el derecho a “ejercer su autodefensa material”, lo que supone una innovación importante en nuestro Derecho Procesal Penal.

5 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Reimpresión de la primera edición. Edit. Grijley. Lima, 1999, págs. 69-70.

6 Sobre el tratamiento de la víctima en el proceso penal: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). *Derecho, proceso penal y victimología*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2003, Pássim.

3. El derecho a ser informado

El derecho a ser informado, según los términos del artículo IX del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, comprende el derecho a contar con información de los derechos que le asisten al ciudadano así como de los términos de la imputación establecida en su contra.

Este derecho, según precisa el Código Procesal Penal, es “inviolable e irrestricto” y opera de modo inmediato. No obstante, es necesario destacar cómo el artículo 324 del nuevo Código Procesal Penal establece ciertos límites al ejercicio del derecho aludido.

4. El derecho de igualdad de armas

Uno de los principios que permiten un desarrollo correcto del derecho a la defensa es el principio de igualdad de armas o también conocido como principio de equilibrio procesal.

El principio de igualdad de armas supone que tanto la acusación como la defensa cuentan con igualdad de posibilidades probatorias⁷, de modo tal que ambas obtienen protección jurídica en igual nivel⁸.

En la actualidad se cuestiona severamente la efectiva satisfacción de las exigencias propias del principio de igualdad de armas en la medida que en la práctica las decisiones judiciales se fundamentan en lo actuado durante la fase de instrucción, etapa que muestra contradictoriamente una “desigualdad de armas”⁹.

Intentando superar los problemas detectados, el nuevo Código Procesal Penal (artículo IX del Título Preliminar) declara que la intervención en la actividad probatoria se produce en igualdad plena, lo que supone un desarrollo complementario del principio de igualdad mencionado en el artículo I.3 del mismo Título Preliminar: “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal”.

7 BACIGALUPO, Enrique. *Justicia penal y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid, 2002, pág. 136; con especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Akal. Madrid, 1999, pág. 87 y sgtes.

8 OVIEDO, Amparo. *Fundamentos del Derecho Procesal, del procedimiento y del proceso*. Temis. Bogotá, 1995.

9 BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., pág. 137.



5. La prohibición de autoincriminación y el derecho a mantenerse silente

El derecho a no autoincriminarse y el derecho de no declarar tienen reconocimiento en múltiples instrumentos del Derecho Internacional Público: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3, literal g)¹⁰, la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8.2, literal g)¹¹, etc.

En sede constitucional, aunque no existe precepto que señale expresamente el reconocimiento al derecho a no autoincriminarse y el derecho de no declarar, es cierto que los valores superiores que subyacen a la idea de Estado de derecho, como la dignidad de la persona humana, hacen posible afirmar el implícito reconocimiento constitucional de este derecho¹².

En la legislación procesal penal peruana observamos igualmente un implícito reconocimiento a este derecho en los artículos 127, 132 y 245 del Código de Procedimientos Penales. Los artículos 127 y 245 del Código de Procedimientos Penales plantean la posibilidad de dejar constancia del silencio del acusado en su declaración instructiva o en el debate oral, sin establecer consecuencias negativas a tal silencio; mientras que el artículo 132 del mencionado Código prohíbe el empleo de promesas, amenazas u otros medios de coacción contra el inculcado; el juez —dice el artículo en mención— debe exhortar al inculcado para que diga la verdad, pero no podrá exigirle juramento ni promesa de honor.

Puede decirse que el derecho a no autoincriminarse tiene como fundamento el derecho natural que toda persona posee de intentar ocultar sus propias faltas; no puede exigirse al ciudadano —por ende— que vulnere su propia esfera jurídica a través de la declaración en su contra, ello —con Kirsch— “se nos antoja una pretensión muy dura”¹³.

10 “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable...”.

11 “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”.

12 En este sentido, en relación al Derecho alemán: KIRSCH, Stefan. “¿Derecho a no autoinculparse?”. Traducción de Guillermo Benlloch. En: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Ed.). Comares. Granada, 2000, págs. 247-248.

13 KIRSCH, Stefan. Op. cit., pág. 253.



El derecho a no autoincriminarse y el derecho de no declarar suponen el derecho del imputado a “negar toda colaboración con la acusación, sin sufrir como consecuencia de ello ninguna consecuencia negativa, derivado del respeto a la dignidad de la persona, que constituye una parte esencial del proceso de un Estado de derecho”¹⁴.

Como vemos, este derecho es una expresión del derecho a la defensa en juicio¹⁵. Es lógico, si el ciudadano tiene derecho a defenderse en el proceso penal, su defensa puede consistir en no proporcionar colaboración alguna con la justicia, guardando silencio (total o parcial) o incluso mintiendo¹⁶.

El derecho a mantenerse silente ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español en clara conexión con el derecho a la defensa en juicio. Así se afirma que el silencio: “constituye una posible estrategia defensiva del imputado o de quien pueda serlo, o puede garantizar la futura elección de dicha estrategia”¹⁷.

La existencia de un “derecho a mentir” es ciertamente más problemática y su admisión es más discutida en doctrina¹⁸. No obstante, parece ser que la jurisprudencia se muestra más permisiva al respecto, ejemplo de ello es la siguiente declaración jurisprudencial¹⁹:

“Es derecho del procesado mantener silencio sobre los hechos imputados y aun distorsionarlos si conviene a su defensa...”

Ahora, el principio de Estado de derecho plantea en el propio Estado la asunción de un rol de garante respecto a la tutela de este derecho, evitando que el ciudadano imputado se autoinculpe sin haber sido debidamente instruido de los derechos procesales que le asisten, dentro

-
- 14 BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., pág. 181; JAÉN VALLEJO, Manuel. *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Penal española*. Gráfica Horizonte. Lima. 2001, pág. 95.
- 15 BINDER, Alberto. Op. cit., pág. 179; SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit., pág. 57.
- 16 De distinta opinión: MONTERO AROCA, Juan. “Lección 21: Los principios del procedimiento”. En: *Derecho jurisdiccional*. Montero Aroca, Juan/ Gómez Colomer, Juan Luis/ Montón Redondo, Alberto/ Barona Vilar, Silvia. Tomo I. 10ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, pág. 369; QUISPE FARFÁN, Fany. *La libertad de declarar y el derecho a la no incriminación*. Palestra. Lima, 2002, págs. 15-16; quienes vinculan el derecho a la no incriminación principalmente con el principio de presunción de inocencia y solo aditivamente con el derecho a la defensa.
- 17 Citada por: QUISPE FARFÁN, Fany. Op. cit., pág. 56.
- 18 Al respecto: QUISPE FARFÁN, Fany. Op. cit., págs. 73-78.
- 19 Extraída de: *CÓDIGO PENAL*. *Jurista Editores*. Lima, 2004, pág. 370.

de ellos, la ausencia de efectos negativos por el ejercicio de su derecho a no declarar²⁰.

A través de este derecho se excluye la posibilidad de reconocer validez jurídico-procesal a aquellas declaraciones de autoinculpación que se han vertido a partir del ejercicio de algún tipo de presión por parte de los encargados de recibirla. Incluso, el ejercicio de presiones de este tipo pueden servir para cuestionar la imparcialidad del juez y proceder a su recusación²¹.

No obstante, la plena validez del derecho a no autoinculparse, su ejercicio no supone que el emplazado no tenga la obligación de comparecer al órgano de administración de justicia. El imputado debe necesariamente concurrir ante la autoridad jurisdiccional y ya –frente al mismo– ejercer su derecho de guardar silencio y no autoinculparse²².

El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal desarrolla, en su segundo numeral, la prohibición de autoincriminación y el derecho a mantenerse silente en los términos siguientes: “Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.

El mencionado precepto debe necesariamente ser vinculado al contenido del artículo 87 del Código Procesal Penal que precisa, como una de las formalidades previas al comienzo de la declaración del imputado, que debe ser advertido de su derecho a abstenerse de declarar y que de ello no se extraerán consecuencias negativas.

III. COLOFÓN

La mirada preliminar que se acaba de dar al novísimo Código Procesal Penal, desde la perspectiva del derecho a la defensa, permite afirmar que –más allá de las críticas puntuales que pudiera merecer– se trata de un instrumento legislativo superador de los déficit de constitucionalidad

20 BACIGALUPO, Enrique. Op. cit., pág. 181; KIRSCH, Stefan. Op. cit., pág. 249; ARMENTA DEU, Teresa. “Principios y sistemas del proceso penal español”. En: *El nuevo Derecho Penal español*. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz. Quintero Olivares, Gonzalo & Morales Prats, Fermín (Coordinadores). Aranzadi. Pamplona, 2001, pág. 73.

21 KIRSCH, Stefan. Op. cit., pág. 249.

22 MONTERO AROCA, Juan. Op. cit., pág. 369.

observados en nuestro viejo –pero no buen– Código de Procedimientos Penales.

Es cierto que esta expectativa que hoy tenemos los juristas peruanos y que es posible deducir de los aportes contenidos en el presente número de Actualidad Jurídica se ve –sin embargo– un tanto ensombrecida por un halo de duda: ¿En efecto entrará en vigencia el Código Procesal Penal?, ¿tiene el Gobierno un auténtico interés en cambiar el modelo procesal?, ¿no será una de tantas promesas incumplidas?

Pues bien, creo que este periodo de *vacatio legis* debe ser visto optimistamente, no como un espacio de incertidumbre, sino como un momento de reflexión, de meditación, que permita a los especialistas en la materia discutir sobre el contenido de sus principales instituciones y permita a los operadores de justicia penal conocer el contenido y sentido del nuevo Código Procesal Penal; esto último es quizás lo más trascendente, pues la superación de los problemas consustanciales al sistema de justicia penal peruano no dependen únicamente de la aparición de un nuevo *corpus iuris*, sino de otros factores entre los que el factor humano tiene valor fundamental²³.

23 En este sentido: Entrevista a SAN MARTÍN CASTRO, César. Por Percy Enrique Revilla Llaza. En: *Legal Express*. N° 43. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, pág. 13.



Artículo X. Prevalencia de las normas de este Título

Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.

DISPOSICIONES GENERALES E INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

COMENTARIOS:

- Principio de oportunidad • De la excepción de naturaleza de acción a la excepción de improcedencia de acción en el proceso penal peruano
- ¿De oficio o a pedido de parte? Ideas para una redefinición del poder de control del juez de investigación preparatoria • Las partes en el Nuevo Código Procesal Penal • Intervención de la Policía Nacional del Perú en la investigación del delito • Principio de imputación mínima y control de la formalización de la investigación preparatoria • La contumacia en el Nuevo Código Procesal Penal
- El derecho de defensa • Las consecuencias accesorias y el Código Procesal Penal de 2004 • La víctima y el testigo en el Código Procesal Penal 2004
- El agraviado en el nuevo proceso penal peruano • La pretensión resarcitoria en el proceso penal • La determinación judicial de la reparación civil
- Formación del expediente judicial y cuadernos en el nuevo modelo de proceso penal • La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal
- La nulidad en el Nuevo Código Procesal Penal • Preceptos generales de la prueba • Los medios de prueba • Apuntes sobre la prueba ilícita en el Código Procesal Penal de 2004. ¿Es absoluta la regla de exclusión en el nuevo modelo procesal peruano? • La confesión en el Nuevo Código Procesal Penal • El derecho de defensa de los testigos • El testigo y su derecho a la no autoincriminación
- La videoconferencia como medio técnico en el proceso penal • La prueba penal. Valoración de la prueba pericial penal • La pericia como medio de prueba en el Código Procesal Penal • Prueba documental y reconocimiento

- El surgimiento del status de imputado. A propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica • Malas prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal. El acta de entrevista única y el reconocimiento fotográfico de personas
- Búsqueda de pruebas y restricción de derechos • Control de identidad policial
- Allanamiento de locales de uso público o abierto al público en el Nuevo Código Procesal Penal • Incautación y exhibición • Validez probatoria de la grabación de una conversación privada realizada por uno de los interlocutores mediante “trampas de escuchas” • La prueba anticipada y prueba preconstituida • La prueba anticipada • Medidas de protección • Justificación y procedimiento de las medidas coercitivas. Aproximación a nuestra actual y futura legislación
- Apuntes sobre el Nuevo Código Procesal Penal • Marco constitucional del arresto ciudadano y su vinculación con la detención policial • La detención en caso flagrante delito y el Derecho Penal • Caducidad de la detención preliminar y oportunidad para requerir la prisión preventiva • ¿Cómo enfrentar el mandato de detención? Apelación del mandato de detención, recurso de queja y variación de la medida • La prisión preventiva en la primera Sentencia de Casación Penal de la Corte Suprema • La debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales y su incidencia en el marco de la prisión preventiva
- Las medidas de coerción procesal personal en el Nuevo Código Procesal Penal del 2004 • Reparación civil y medida cautelar de embargo en el Proceso Penal. Una revisión comparativa con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004.

**LIBRO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES**

**SECCIÓN I
LA ACCIÓN PENAL**

Artículo 1. Acción penal

La acción penal es pública.

1. *Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular.*
2. *En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela.*
3. *En los delitos que requieren la previa instancia del directamente ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo. No obstante ello, el Ministerio Público puede solicitar al titular de la instancia la autorización correspondiente.*
4. *Cuando corresponde la previa autorización del Congreso o de otro órgano público para el ejercicio de la acción penal, se observará el procedimiento previsto por la Ley para dejar expedita la promoción de la acción penal.*

Artículo 2. Principio de oportunidad

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:*
 - 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 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, 18, 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.*
2. *En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.*
 3. *El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.*
 4. *Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.*
 5. *Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.*
 6. *Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.*
- El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se*



abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3) del presente artículo.

7. *Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento –con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)– hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta 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.*
8. *El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.*
9. *No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:*
 - a) *Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;*
 - b) *Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;*
 - c) *Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,*
 - d) *Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.*

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9)



es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal.^{(*)(**)}

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

*(**) Según lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013, se adelanta la vigencia del presente artículo en todo el territorio peruano a partir del día siguiente de publicada dicha Ley.*

COMENTARIO:

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA*

I. GENERALIDADES

Los autores del nuevo Código Procesal Penal (CPP), siguiendo la orientación trazada por el código adjetivo de 1991, han desarrollado en el segundo artículo del mencionado cuerpo legal lo tocante al principio de oportunidad.

La apuesta efectuada, a pesar de la hasta ahora poca aplicación de los criterios de oportunidad, necesariamente rescata los muchos e importantes fundamentos que justifican su presencia, tal como efectivizar un derecho penal mínimo, generar espacios para la autocomposición de conflictos penales, conseguir reparaciones efectivas y prontas a la víctima, evitar la estigmatización de los autores de ilícitos y propender a la proporcionalidad y modos humanitarios de solución de conflictos¹.

Ahora bien, resulta claro que, en el contexto del modelo procesal penal mixto, con evidente tendencia acusatoria, que instauro el nuevo Código, el principio de oportunidad aparece considerado como una herramienta, entre otras muchas, que permitirá la racionalización de la persecución penal².

* Magister y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Fiscal Superior Titular de Lima. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura. Profesor de los cursos de Derecho Penal, Derechos Humanos y Ministerio Público en la escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, en la Maestrías en Derecho Penal y Derecho Jurisdiccional.

1 ANGULO ARANA, Pedro Miguel. *El Principio de Oportunidad en el Perú*. Lima. Ed. Palestra, 2004, pág. 27 y ss.

2 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Editora Jurídica Grijley, 2004, pág. 19.



En esta última visión, los criterios de oportunidad, consideradas las ventajas ya anotadas, permiten “racionalizar la selectividad de infracciones penales, dejando de lado todas aquellas en donde sea innecesaria la aplicación del *ius puniendi*; y, además, se contribuye a la eficacia del sistema, dado que excluyendo a las infracciones de menor entidad, se fortalece el sistema de justicia penal para que intervenga efectivamente en los casos de infracciones de mediana y grave criminalidad³.

Por todo lo referido, el otorgamiento de facultades a los fiscales para aplicar el principio de oportunidad, se convierte en un notable instrumento alternativo al ejercicio de la acción penal que, evidentemente, no solo beneficia al sistema, como método para disminuir la carga, sino que fundamentalmente beneficia a los justiciables que poseen verdadera intención de enmienda y a la víctima, que quiere ver la pronta reparación de su perjuicio.

II. CARACTERÍSTICAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Las aplicaciones de los criterios de oportunidad que regula el nuevo Código, revisten las siguientes características:

2.1. Facultad del fiscal

La posibilidad de aplicar criterios de oportunidad permanece como una facultad otorgada únicamente al fiscal (artículo 2, inciso 1), siendo por ello que, en sede judicial (si hubiera sido ya promovida la acción penal) se requerirá que aquél efectúe la petición, para que el juez pueda sobreseer los actuados (artículo 2, numeral 7).

A tal iniciativa, Fidel ROJAS la identifica como parte del rol dispositivo que el nuevo código acuerda al fiscal⁴. En todo caso, como novedad en la norma, aparece que ahora se faculta, expresamente, a solicitar tal aplicación al imputado⁵; por ende, se concede mayor protagonismo a éste último, de tal modo que podrá tomar la iniciativa para tentar su aplicación.

Esta última posibilidad tiene la virtud de que puede suplir un error de apreciación en el Fiscal que podría considerar imposible o difícil la aplicación de algún criterio de oportunidad, en un caso concreto, a pesar de existir voluntad y condiciones económicas para hacerlo posible. No

3 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima. Ed. Idemsa, 2004, pág. 360.

4 ROJAS VARGAS, Fidel S. *Código Procesal Penal*. Lima. Jurista Editores, 2004, pág. XLVIII.

5 TALAVERA. Ob. cit., pág. 19.

está demás indicar que, a pesar del pedido del imputado e incluso del acuerdo en tal sentido con el agraviado, el Fiscal podría negarse a aplicar la oportunidad, aunque para tal efecto, eso sí, deberá sustentar debidamente su criterio.

2.2. Taxatividad

Se verifica de la norma, conforme al principio de legalidad, que los fiscales no podrán aplicar libérrimamente la oportunidad sino que lo efectuarán solo ante la aparición de casos concretos en los que se presenten las condiciones que indica la norma (artículo 2, inciso 1, literales a, b y c).

La taxatividad supone que los fiscales no pueden inventar por sí mismos criterios⁶, ni aplicar aquellos en ilícitos que no cumplieran con las condiciones referidas en la norma.

En el nuevo Código se ha eliminado la posibilidad de aplicar la oportunidad en los delitos poco frecuentes⁷ y continúa la aplicación en los casos de autor-víctima, de lesividad menor, culpabilidad mínima y contribución mínima a la producción del delito.

2.3. Cosa decidida

Como efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad, resulta que se agota el tema, con una disposición final equivalente a la cosa decidida. Ello significa, como refiere la norma, que cualquier otro fiscal queda impedido de promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos.

Se desprende del artículo en concreto que la disposición final, emitida por un fiscal provincial penal o quien haga sus veces, impedirá, por ejemplo, que los actuados revisados en última instancia por un fiscal superior (artículo 334, numeral 5 y 6) respecto los mismos hechos y que fueran archivados en otro Despacho Provincial Penal, puedan ser reabiertos por decisión de aquél. La norma sanciona que lo dispuesto en tal sentido sería nulo.

2.4. Solución de equidad

La aplicación del principio de oportunidad no resulta una solución del conflicto en igualdad de términos y concepción como lo es el proceso penal. Como bien se sabe, éste se orienta siempre por la búsqueda de

6 ANGULO. Ob. cit., pág. 76.

7 ANGULO. Ob. cit., pág. 144. Instituto de Ciencia Procesal Penal - INCIPP.



la verdad material o histórica, la cual en sus rasgos más relevantes debe quedar reflejada al término del mismo en la verdad procesal o legal.

En la aplicación de los criterios de oportunidad, la orientación no está dada con rigor por la búsqueda de la verdad, como pre condición para aplicar la norma, sino que se orienta por el esfuerzo por entronizar la equidad, en la solución del conflicto. La equidad debe presidir la aplicación del criterio concreto, el número de las citaciones para tal intento, el diálogo efectuado y la reparación que se establecerá, finalmente, así como el periodo para su cumplimiento.

En estos casos, no se pretende hurgar en los detalles y los extremos del ilícito ocurrido, sino que basta tener claridad en la autoría del hecho y el daño inflingido al agraviado, así como en las posibilidades reales de dar solución al conflicto, mediante un acto de reparación que no necesariamente tiene que ser económico (esto último también es parte de la equidad).

2.5. Evitar el proceso judicial

Si bien es cierto cabe la aplicación de criterios de oportunidad cuando ya existiera intervención judicial, ello no autoriza a desconocer el hecho fundamental de que este instituto está pensado, precisamente, para evitar la judicialización de los conflictos penales.

Por lo dicho, el desenvolvimiento y aplicación consecuente de criterios de oportunidad, debe ocurrir para evitar la intervención judicial, accediendo a solucionar el conflicto en sede fiscal. Por ende, no se trata de que el justiciable a última hora, para evitar una sentencia condenatoria, se avenga a su aplicación.

Este cálculo último, significa un uso abusivo del principio que no debería ser amparado por el fiscal.

En tal sentido, el extremo máximo posible para aplicar alguno de los criterios, en sede judicial, al cual ahora se refiere la norma, expresamente, resulta ser "hasta antes de formularse acusación". La petición que efectúe el fiscal al juez, esto es el sobreseimiento (artículo 2, inciso 7), debe tener, de cualquier modo, un fundamento razonable y de equidad, y no debe constituir un apañamiento de conductas dudosas.

III. LOS CASOS DE APLICACIÓN

El artículo segundo del CPP indica, en su primer inciso, los tres casos en que el fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, requiriendo, en modo imperativo, del consentimiento del agente o presunto autor.



3.1. Caso de autor víctima

En estos casos lo fundamental es que el agente resultó “gravemente” afectado por las consecuencias de su delito y la pena resulta innecesaria. Como puede apreciarse en la norma, la redacción ha resultado complicada y, más aún, establece un condicionamiento que limita su aplicación en el caso de los delitos dolosos, diferenciación que, anteriormente, no existió.

En el caso de los delitos culposos podrá aplicarse siempre; pero, en el caso de los delitos dolosos se establece una tasa, limitando el accionar de los fiscales, mediante la expresión de su criterio. Así es que solo podrá aplicarse en el caso de los delitos dolosos, siempre que éstos sean reprimidos con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años.

Pensamos que la limitación hecha resulta innecesaria y contraproducente, puesto que el fiscal que pretendiera aplicarle, debería siempre fundamentar tal aplicación, sustentando una afectación grave y lo superfluo de la pena; sin embargo, parece haberse desconfiado de los aplicadores, ingresando a sancionar a priori la voluntad dolosa⁸.

Consideramos que, si lo mensurado, fundamentalmente, en la tradición de la *poena naturalis*, es el grave daño autocausado, aparece sobrando el tema de la pena acordada para el delito doloso de que se trate. Por ello, en la doctrina se refiere la consideración de que en estos casos la pena a imponer podría ser “inferior al daño físico y moral que sufre materialmente, considerándose que esta pena no cumpliría sus fines”⁹.

Ciertamente, podríamos pensar en más de un caso en que el daño autocausado, directamente en la persona o indirectamente (en los seres queridos cercanos), podría ser de una entidad muy grave y dolorosa. A nuestro entender esta norma debería corregirse para lograr proporcionalidad en los casos concretos que tuviera en manos el fiscal, y no afligir a una persona, más allá de lo que por actuar con humanidad sería deseable.

Por otro lado, olvidando la penalidad, la ley no hace distinciones, como en los otros criterios y, por ello, es que esta norma se podría aplicar a funcionarios públicos, a pesar de que hubieran actuado en el

8 ANGULO. Ob. cit., pág. 146.

9 ROBATTI IZAGUIRRE, Blanca Ruth y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sovira. *La aplicación obligatoria y el carácter extra proceso del principio de oportunidad*. Tomo 336, Vol. II, Trujillo. Ed. Normas Legales SAC. 2003, pág. 142.

ejercicio de su cargo. Asimismo no se requiere que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o que exista acuerdo en tal sentido.

3.2. Caso de lesividad menor

Este caso de aplicación de la oportunidad parece justificarse al conceder espacio para la proporcionalidad de la reacción fiscal, frente a un ilícito penal que no afecta gravemente el interés público y que, por ello, se concentra alrededor de la esfera vital del agraviado, estimándose que a ese mismo nivel pudiera lograrse la compostura. Víctor CUBAS sostiene que, en estos casos, la aplicación de la oportunidad “obedece a motivos de política criminal, en tanto se trata de cambiar la idea en los operadores del sistema de que la pena estatal es la única que soluciona conflictos, lo cual está ampliamente cuestionado”¹⁰.

Como se lee de la norma, el hecho no es que no se haya afectado el interés público, pues en realidad todo ilícito penal hace ello, la idea es que, en el caso concreto, no se afecte gravemente tal interés.

Ahora bien, quien debe sopesar y valorar tal conclusión es el fiscal¹¹. Por ello, se dice que a él le corresponde desarrollar una “especial” política criminal dentro del territorio de su competencia.

La norma, en todo caso, aparece también limitando la actuación fiscal al fijar que aquel podrá aplicar la oportunidad en los casos que considere la poca afectación del interés público “salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad”.

La norma refiere que no podrá ser aplicado este criterio en beneficio del agente si aquél fuera funcionario público y hubiera incurrido en el ilícito en el ejercicio de su cargo (artículo 2, inciso 1, literal b), también se indica que será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido (artículo 2, numeral 2).

Somos de la opinión que se pudo facultar, al fiscal, para posibilitar la aplicación de la oportunidad en casos conminados en el extremo mínimo de la pena con 4 años. Ello lo sostendríamos a partir de que hasta tal extremo todavía es posible sancionar una pena privativa de libertad

10 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo Código Procesal Penal ¿Revolución Penal?*. Lima. Ed. Justicia Viva, 2004, pág. 132.

11 ANGULO. Ob. cit., pág. 87.



suspendida, lo cual supone un criterio de mínima gravedad de la actuación ilícita¹².

Por lo mismo, pudo dejarse al criterio del fiscal, dado tales casos, para que distinga en cada tema concreto y aplique con libertad la norma o no lo haga. Finalmente, el plausible beneficio será poder concentrar mayor esfuerzo persecutor en infracciones consideradas más graves¹³.

3.3. Caso de mínima culpabilidad

Para hacer efectivo este criterio, se trata de distinguir a los agentes que habiendo efectuado la comisión de un ilícito, no poseen una culpabilidad total o absoluta y que, por ende, podría calificarse como menor por diversas circunstancias objetivas.

PEÑA CABRERA FREYRE, se refiere a la presencia, en estos casos, de estados de exención criminales incompletos o la presencia de responsabilidades restringidas, así como de la presentación de notas identificativas del agente que ameritan una menor desvaloración del hecho penalmente antijurídico¹⁴. Para este autor, tales situaciones del agente devienen a que aquél no requiera ser sometido a un tratamiento rehabilitador.

El profesor CHANGARAY SEGURA, considera que este caso es el más amplio de todos, puesto que se puede estar frente a la comisión tanto de delitos culposos como dolosos, por ello, pretende generar una medida al considerar que la culpabilidad será mínima o escasa “cuando puede quedar debajo de la línea intermedia común, de supuestos hechos similares”¹⁵.

La norma expresa que el fiscal debe apreciar las circunstancias del hecho y las condiciones personales del denunciado así como que se trate de la consecuencia de los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal. Asimismo, establece los límites: no se aplicará en beneficio del funcionario público que actúe en el ejercicio de su cargo ni cuando se trate del delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de la libertad.

12 ANGULO. Ob. cit., pág. 147.

13 ROBATTI. Ob. cit., pág. 142.

14 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “El Tránsito hacia un modelo procesal regido por el principio acusatorio moderno - La entrada en vigencia del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957 de fecha de promulgación 29/07/2004)”, artículo en Revista *Foro Fiscal*. Año I. Número I. Huancayo, 2004, pág. 103.

15 CHANGARAY SEGURA, Tony Ronaldo. *La investigación prejurisdiccional*. Lima. Editora Rao SRL, 2003, pág. 44.

También se requiere, condición indispensable, que el agente hubiera reparado los daños y perjuicios ocasionados o que exista acuerdo en tal sentido.

Se menciona que, en la práctica, se suele cuestionar que aparezca el fiscal determinando la culpabilidad del agente, cosa que le correspondería al juez¹⁶.

Por ello, se dice que aparece el fiscal como un juez antes del mismo juez. En realidad, se aprecia que por su distinta condición y facultades, precisamente, el fiscal solo puede disponer la reparación y no otra cosa.

IV. EL TRÁMITE

La norma refiere que será el fiscal quien tome la iniciativa citando al imputado y al agraviado. De ello se dejará registro en el acta que corresponda.

Se expresa que, en caso de inasistencia del agraviado, el fiscal podrá establecer el monto de la reparación civil que considere pertinente. Esto conlleva una novedad y tal es que la incomparecencia del agraviado no imposibilita, necesariamente, la inaplicación de la oportunidad.

Aquí se deja por sentado, también la sola capital importancia de la aceptación del agente. Se considera que de concurrir el agraviado y no coincidir con el agente, en el tema de fijar el plazo de pago de la reparación, el fiscal lo fijará. Lamentablemente, el plazo máximo que estableció la circular de la fiscalía se ha visto sancionado en la norma y, por ello, el tiempo máximo para pagar la reparación será de 9 meses.

Resulta penoso, pensamos, que pueda ocurrir que porque un agente carezca de suficientes ingresos no pueda aplicársele estos criterios, porque aquél podría únicamente reparar en diez u once meses.

La norma refiere que la diligencia no será necesaria si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y si aquél consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente. Se entiende, de todos modos, que es el fiscal quien tiene que considerar la posibilidad de aplicar alguno de los criterios de oportunidad, pues solo aquél puede abstenerse de ejercitar la acción penal.

Ello es así porque la acción penal no es disponible por el agente del ilícito y la víctima, y tampoco se trata de que los casos en que se pueda aplicar la oportunidad, sean ilícitos, que requieran ejercicio privado de la acción penal. Por ende, el criterio del fiscal no resulta sometido en ningún caso al del acuerdo de las partes materiales.

16 ROBATTI. Ob. cit., pág. 143

La norma se remite a que producido el acuerdo y satisfecha la reparación civil, el fiscal dispondrá la abstención del ejercicio de la acción penal en forma definitiva. A nuestro entender, si se trata previamente de que todavía esté corriendo el plazo de pago, la disposición de la abstención deberá ser provisional.

V. IMPOSICIÓN DEL IMPORTE ADICIONAL

La norma establece un caso especial, en el cual el fiscal podría considerar que existe interés público en la persecución del ilícito, así como gravedad en la responsabilidad; pero, a su vez, advirtiera también que el agente posee capacidad económica para asumir un pago adicional en dinero.

En este caso, el fiscal puede imponer un pago adicional a favor de alguna institución de interés social o del Estado y, también, solicitar la aplicación de reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal. Todo lo dicho deberá ser puesto en la consideración del juez de la investigación preparatoria para su aprobación.

En realidad parece razonable que si se aflige al agente con un mayor menoscabo de su patrimonio y limitaciones a su libre desenvolvimiento, intervenga el juez como tercero, en resguardo del interés de tal justiciable, para verificar lo escrupuloso y acorde a derecho, de lo considerado por el fiscal, entendiéndose que el juez podrá aprobarlo o no, previa audiencia con los interesados.

Entendemos que la audiencia importa no que se reunirá con cada uno de ellos, necesariamente, sino que coincidirán en una reunión para debatir en su caso y expresar el acuerdo arribado o lo contrario. La norma remite el procedimiento de solución a los márgenes del que efectúa el fiscal en su sede.

Si bien es cierto que la norma resulta plausible en cuanto da solución a un conflicto penal y adiciona ingresos a instituciones de bien social o del Estado, no debemos ignorar que da por sentada una odiosa diferencia que beneficia a aquellos que poseen mayor disponibilidad de dinero.

Así ocurre que la norma expresamente indicará que solo el dinero, en la cantidad pertinente, se convertirá en el bien que suprime el interés público en la persecución del ilícito; y, en todo caso, el fundamento que sostiene tal posibilidad se remite a los autores del código.

De la lectura del artículo 64 del Código Penal, se llega a advertir que en este caso queda por sentado que el fiscal considerará que el agente requiere ser rehabilitado, pues a ello apunta la aplicación del artículo 64.

Ahora bien, la pregunta es ¿Si incumple notoriamente las reglas acordadas, qué debería suceder? A nuestro entender, tal tema debió haberse tratado, pues el vacío hace suponer que el juez deberá fijar una sanción a pedido del fiscal.



VI. ACUERDOS REPARATORIOS

La norma en comentario establece, en su sexto inciso, la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios, para el caso de algunos delitos concretos, como lesiones (122), hurto simple (185), hurto de uso (187), hurto simple de ganado (189 A), apropiación ilícita común (190), sustracción de bien propio (191), apropiación irregular (192), apropiación de prenda (193), estafa (196), defraudación (197), administración fraudulenta (198), daños simples (205), y libramiento indebido (215), así como en delitos culposos.

La norma explica que, para que proceda el acuerdo, el fiscal lo debe proponer *motu proprio* o también a pedido del imputado o de la víctima. La idea es que, para que funcione esta figura, las dos partes materiales del hecho ilícito, deben estar de acuerdo¹⁷, pues si bien el fiscal debe tomar la iniciativa, lo único que puede hacer es una propuesta y alcanzar la fórmula que propone.

Por ello, se indica que “si ambos convienen”, el fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Además, resulta sustancial la importancia de la aceptación del agente, puesto que si aquél no concurre a una segunda citación (se entiende que segunda oportunidad) o si se ignora su paradero, al fiscal no le quedará otra cosa que promover la acción penal.

La norma expresa, en todo caso, una limitación razonable, y ella es que no rige esta posibilidad de acuerdos reparatorios si en el hecho ilícito aparece una pluralidad importante de víctimas o si ocurre un concurso con otro delito, salvo que este último sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

En realidad, la última salvedad hecha, también parece lógica y razonable, pues de lo que se trata es de dar solución a casos sencillos y no complejos, en los cuales se pueda concentrar la atención pública. Tampoco se quiere favorecer en el caso de ilícitos cometidos por delincuentes avezados que se dedican a afectar a sus congéneres, causando alarma, allí donde se desenvuelven, así como interés genuino en su represión.

La norma, consideramos que se encuentra dada para casos en los cuales no existe mayor alarma y la solución se presenta sin mayor complejidad, por existir interés básico, solo en las esferas de la pareja delictual, quienes se allanan a lograr la solución económica del conflicto, sin mayor demanda.

17 ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Lima. Idemsa, 2004, pág. 90.



VII. CONCLUSIONES

El principio de oportunidad nuevamente aparece en la normatividad como gran aliado del fiscal para poder cumplir con la tarea de cernir debidamente la cantidad de casos que llegarán a sede judicial.

La aplicación de criterios de oportunidad generará también de modo global un nuevo rostro para el Ministerio Público cuyo desempeño deberá acrecentar más, la figura del fiscal componedor de conflictos.

Si bien en las estadísticas puede apreciarse que se consolida un mínimo de aplicación de la oportunidad, también es verdad que se aprecia que ello se corresponde con la presencia entre nosotros de una cultura inquisitiva reacia a los mecanismos modernos alternativos¹⁸, y que, por ello, con el nuevo Código Procesal Penal, deberá ser duramente combatida.

Precisamente, superar las metodologías clásicas de combate al delito, constituye uno de los retos que concretamente se presenta a la hora de la aparición de novísimos desafíos.

Encararles, con los instrumentos que ofrece el nuevo Código, tal como el principio de oportunidad, constituye una alternativa que deberemos obligatoriamente desarrollar, en bien de nuestra sociedad.



18 CUBAS. Ob. cit., pág. 135.

Artículo 3. Comunicación al Juez de la continuación de la investigación

El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias.

Artículo 4. Cuestión previa

1. *La cuestión previa procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la Ley. Si el órgano jurisdiccional la declara fundada se anulará lo actuado.*
2. *La Investigación Preparatoria podrá reiniciarse luego que el requisito omitido sea satisfecho.*

Artículo 5. Cuestión prejudicial

1. *La cuestión prejudicial procede cuando el Fiscal decide continuar con la Investigación Preparatoria, pese a que fuere necesaria en vía extra-penal una declaración vinculada al carácter delictuoso del hecho incriminado.*
2. *Si se declara fundada, la Investigación Preparatoria se suspende hasta que en la otra vía recaiga resolución firme. Esta decisión beneficia a todos los imputados que se encuentren en igual situación jurídica y que no la hubieren deducido.*
3. *En caso de que el proceso extra-penal no haya sido promovido por la persona legitimada para hacerlo, se le notificará y requerirá para que lo haga en el plazo de treinta días computados desde el momento en que haya quedado firme la resolución suspensiva. Si vencido dicho plazo no cumpliera con hacerlo, el Fiscal Provincial en lo Civil, siempre que se trate de un hecho punible perseguible por ejercicio público de la acción penal, deberá promoverlo con citación de las partes interesadas. En uno u otro caso, el Fiscal está autorizado para intervenir y continuar el proceso hasta su terminación, así como sustituir al titular de la acción si éste no lo prosigue.*
4. *De lo resuelto en la vía extra-penal depende la prosecución o el sobreseimiento definitivo de la causa.*

Artículo 6. Excepciones

1. *Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:*
 - a) *Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la Ley.*
 - b) *Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.*
 - c) *Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona.*



- d) *Amnistía.*
- e) *Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.*
- 2. *En caso que se declare fundada la excepción de naturaleza de juicio, el proceso se adecuará al trámite reconocido en el auto que la resuelva. Si se declara fundada cualquiera de las excepciones previstas en los cuatro últimos literales, el proceso será sobreseído definitivamente.*

COMENTARIO:

**DE LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN A LA
EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN EL
PROCESO PENAL PERUANO**

WILLIAM E. ARANA MORALES*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Procesal Penal tiene por finalidad instituir los parámetros del procedimiento que sirve para establecer si es necesario hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado. Esto ocurre porque entre el delito y la consecuencia jurídica –que puede ser la pena o una medida de seguridad–, existe un paso previo por recorrer, al que se le denomina proceso penal¹.

En un Estado de Derecho el proceso penal debe estar provisto de una serie de principios y derechos que garanticen la seguridad jurídica y la racionalidad del sistema penal en sus procesos de criminalización. En este contexto, el juicio previo y la presunción de inocencia se presentan como dos principios fundamentales, pues a partir de ellos se establece que el proceso penal es el único medio con que cuenta el Estado para tratar de establecer si

* Abogado, Maestro en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Egresado del Programa de Doctorado en Derecho por la Universidad Privada San Pedro en convenio con la Universidad de Los Lagos de Chile. Docente de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad César Vallejo de Trujillo y la Universidad Privada San Pedro.

1 Principio de ineludibilidad del proceso penal, según el cual nadie puede ser sometido al sufrimiento de una pena si es que no es sometido a un proceso previo. Este principio que actualmente se encuentra regulado constitucionalmente, ya se encuentra previsto de manera expresa por el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (Decreto Legislativo N° 957).



se ha producido la comisión de un delito y sobre quién recae la responsabilidad del mismo.

En tal sentido, corresponde al Derecho Procesal Penal proveer de todo lo necesario para garantizar la presunción de inocencia y los demás derechos del procesado, y así tratar de disminuir al máximo el efecto deteriorante que para el procesado significa afrontar un proceso penal; pues, sin necesidad de que se recurran a las medidas coercitivas más severas, el proceso siempre restringe derechos fundamentales, somete al procesado a una dosis de estrés e incertidumbre; le genera gastos para ejercitar su defensa y finalmente afecta su imagen en la sociedad.

Ante la carga negativa que implica el sometimiento de un sujeto a un proceso penal, existe la necesidad de que el Derecho Procesal precise una serie de condiciones para dar inicio al proceso penal, a fin de restringir al máximo las posibilidades de abrir procesos penales (necesidad de proceso); asimismo, se genera la necesidad de implementar mecanismos de culminación rápida del proceso cuando no existe justificación para que se desarrolle un proceso o cuando tal justificación se desvanece.

Dentro de los mecanismos que el Derecho Procesal ha diseñado para que el imputado se deshaga rápidamente del proceso sin necesidad de llegar hasta la sentencia, destaca la **excepción de naturaleza de acción** –contenida en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales de 1940–, que permite oponerse al ejercicio de la acción penal cuando se ha ejercitado innecesariamente o de manera ilegítima².

Para deducir la excepción de naturaleza de acción es necesario recurrir a categorías del Derecho Penal material, como son el **delito** y la **punibilidad**; hecho que ha generado cierta incertidumbre en cuanto a los presupuestos materiales que deben concurrir para poder formularla, debido a que las normas penales sobre el delito y la punibilidad requieren de interpretación, no existiendo consenso absoluto en la jurisprudencia ni en la doctrina, donde incluso es posible vislumbrar escuelas o corrientes teóricas que construyen concepciones diferentes del delito y de la pena³.

2 Para el profesor García Rada. *La excepción es la acción del denunciado; es el derecho de defensa de quien ha sido acusado de la comisión de un delito*. Cfr. GARCÍA RADA, D. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1975, pág. 25.

3 El profesor español Silva Sánchez describe hasta cinco concepciones distintas en la evolución de la dogmática del Derecho Penal como son: el formalismo, el neokantismo, el finalismo, el funcionalismo moderado, y el funcionalismo sistémico, siendo una de las



A la problemática sustantiva antes descrita se suma la dificultad de carácter procesal, que consiste en saber discriminar en qué casos resulta posible declarar procedente una excepción de naturaleza de acción y en qué casos hay que esperar la culminación del proceso para que opere un pronunciamiento absolutorio. Este problema se suscita debido a que, en ambos casos, el pronunciamiento puede referirse al carácter no delictivo del hecho o a la no punibilidad del mismo.

Al respecto, la doctrina se muestra todavía imprecisa, su interpretación aún no ha sido cabal y es, tal vez, esa la razón fundamental por la que la jurisprudencia no se muestra uniforme hasta el momento, pues mientras para algunos dicha excepción es exclusiva para los supuestos de atipicidad (objetiva), otros se pronuncian por la posibilidad de deducirla además en los supuestos de error de tipo (ausencia de dolo), causas de justificación y causas de inculpabilidad.

Esta falta de precisión en la formulación legal se traduce en dos consecuencias problemáticas: por un lado, el indiscriminado uso de esta institución jurídica y, por el otro, los constantes errores que en su aplicación se suelen cometer. Estas consecuencias se evidencian en la estadística procesal, donde podremos encontrar que solo un ínfimo porcentaje de las excepciones de naturaleza de acción deducidas son declaradas procedentes.

Ante tal problemática, y en aras de mejorar los estándares de calidad del proceso penal, intentaré aportar una interpretación que aclare el panorama al operador jurídico. Asimismo, buscaré establecer las razones o motivos que suscitan el problema de la ineficacia de la excepción; y finalmente revisaré cómo se ha formulado esta excepción en el Código Procesal Penal de 2004, a fin de precisar si con la nueva regulación se podrían superar los problemas del presente.

II. LA EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN

1. Noción

La excepción de naturaleza de acción es un medio de defensa técnico que se encuentra previsto en nuestro ordenamiento jurídico como me-

características más destacadas de la evolución de la dogmática penal de las últimas décadas la tendencia hacia la normativización de los distintos elementos de la teoría del delito, en un proceso en que las categorías de la construcción dogmática se establecen de acuerdo con la función que deben cumplir. Cfr. SILVA, J. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. 1992, págs. 68 y sgtes.



canismo para oponerse al ejercicio de la acción penal cuando el hecho por el que se abre proceso no constituye delito o no es justiciable penalmente.

Así, el Código de Procedimientos Penales en su artículo 5 establece que contra la acción penal puede deducirse la excepción de naturaleza de acción cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente.

La denominación excepción de naturaleza de acción es poco reveladora de su significado y función para el proceso; sin embargo, si el hecho imputado no constituye delito o no es plausible de sanción y persecución penal, debe entenderse que la naturaleza de la acción que habría de entablarse contra dicha conducta no sería de naturaleza penal, sino tal vez de otra índole. En consecuencia, la denominación de excepción de naturaleza de acción hace referencia a la oposición del procesado respecto de la promoción de la acción penal, cuando la acción reviste otra naturaleza. Por ejemplo: cuando se imputa un delito de estafa a partir del incumplimiento del pago de una obligación de naturaleza civil.

2. Presupuestos para deducirla

Cuando se trata de establecer los presupuestos para declarar fundada una excepción de naturaleza de acción existen diversas posibilidades, atendiendo a la mayor o menor amplitud de la interpretación.

Desde una perspectiva amplia, se podría admitir una excepción de naturaleza de acción cuando no concurra algún requisito del delito, cualquiera que sea; en tanto que, desde una perspectiva restringida, se limitaría la procedencia de la excepción de naturaleza de acción a supuestos de atipicidad e incluso hasta supuestos de causas de justificación.

La doctrina nacional no admite el ámbito totalitario de la negación del delito como supuesto para la deducción de la excepción de naturaleza de acción. Las razones aparentemente están en la costumbre judicial o en la jurisprudencia; pero no se vierte ningún argumento técnico de esa delimitación conceptual. Y lo que es más, la mayoría de los dogmáticos inician su estudio partiendo de la acepción de que la excepción de naturaleza de acción se puede deducir cuando el hecho denunciado no es típico y luego de esa restricción –sin fundamento–, solo algunos doctrinarios admiten la posibilidad de plantear dicha excepción en circunstancias como la ausencia de acción, la concurrencia de alguna causal de justificación, o de las que excluyen la culpabilidad.

Al respecto, el Dr. García Rada opina acerca de la acepción de la excepción de naturaleza de acción, asumiendo que podrá ser formulada cuando el hecho denunciado como delito no esté tipificado como tal en la ley penal⁴.

De igual forma, el profesor Florencio Mixán se refiere a la atipicidad como único fundamento para la deducción de esta excepción⁵.

Por su parte, Bramont-Arias Torres aduce que la excepción de naturaleza de acción podría formularse ante la ausencia de alguno de los elementos ya sea del tipo objetivo como del tipo subjetivo⁶.

El procesalista penal Arsenio Oré Guardia refiere que la excepción de naturaleza de acción se funda en la alegación de que los hechos incriminados no constituyen delito⁷, pero puntualiza que un concepto lato de inexistencia de delito, puede abarcar no solo la ausencia de tipicidad, que es la alegación más corriente en nuestro medio, sino también el carácter antijurídico del hecho denunciado, la inocencia del inculpado o la existencia de causas justificatorias⁸.

En su obra "Lecciones de Derecho Procesal Penal", el doctor Catacora Gonzáles afirma que es necesario diferenciar esta excepción de la inexistencia de delito, porque ahí se estaría entrando a considerar el fondo del asunto⁹; y luego concluye que si un hecho no es delito puede deberse a la falta de tipicidad, pero eso es diferente a que el hecho no se haya producido. Por ejemplo: si a alguien se le imputa la comisión de un asesinato por envenenamiento; pues en este caso no se podrá deducir una excepción de naturaleza de acción, aduciendo que fue un suicidio¹⁰.

Rosas Yataco¹¹, cuando se refiere a los supuestos en que procede la aplicación de la excepción de naturaleza de acción –sin justificación alguna y sin referirse a ningún requisito procesal expresado en términos de prueba–, considera a los supuestos de ausencia de acción (fuerza física

4 Cfr. GARCÍA RADA, D. Op. cit., pág. 26.

5 Cfr. MIXÁN MASS, F. *Derecho Procesal Penal*. T. III. Trujillo, 1990, pág. 235.

6 Cfr. BRAMONT-ARIAS, L. "La excepción de naturaleza de acción". En: *Revista de Ciencias Penales*. N° 3. 1994, págs. 295-300.

7 Cfr. ORÉ GUARDIA, A. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1996, pág. 218.

8 Cfr. ORÉ GUARDIA, A. Op. cit., pág. 218.

9 Cfr. CATACORA GONZÁLES, M. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Lima, 1990, pág. 169.

10 Ídem.

11 Cfr. ROSAS YATACO. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2003, págs. 266-273.

irresistible, estados de inconsciencia, y movimientos reflejos), de tipicidad positiva (objetiva y subjetiva) y de tipicidad negativa¹²; sin embargo, erróneamente se refiere a los conceptos negativos vinculados a la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, error culturalmente condicionado, estado de necesidad exculpante), como supuestos en los que el hecho a pesar de ser delito no es justiciable penalmente, desconociendo que la culpabilidad también se encuentra comprendida dentro del concepto del delito.

El más acertado de los doctrinarios es el profesor San Martín Castro¹³, quien en una línea extensiva que tiende a fortalecer el derecho de defensa del imputado, indica la posibilidad de formular una excepción de naturaleza de acción, en algunos supuestos relacionados: a) con la voluntariedad de la conducta; b) si el delito es de resultado, con el juicio de imputación objetiva; c) si el delito es doloso, con la presencia de un error de tipo; d) si el delito es culposo, con la ausencia de infracción de la norma de cuidado y la previsibilidad del resultado o el caso fortuito; e) si el delito es omisivo, con la ausencia de los requisitos que lo hacen exigible (situación típica, ausencia de una acción determinada, a la que se agrega en los tipos de comisión por omisión la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo); y f) Con los supuestos de atipicidad general.

Sin embargo, este autor no admite la excepción en supuestos donde se niega la culpabilidad o responsabilidad penal, porque considera que el análisis de si el sujeto es responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que nada tiene que ver con la delictuosidad y que requiere una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental¹⁴.

12 El autor se adscribe a la teoría de los elementos negativos del tipo o de la *ratio essendi*, donde las causas de justificación constituyen elementos negativos del tipo y, en consecuencia, la denominación de tipicidad negativa se refiere a la antijuricidad, donde se pueden producir supuestos en los que el ordenamiento jurídico permite determinadas conductas que lesionan bienes jurídicos, por tratarse de circunstancias especiales denominadas causas de justificación.

13 Cfr. SAN MARTÍN, C. *Derecho Procesal Penal*. Vol. I. Lima, 1999, pág. 285.

14 Este autor desconoce a la culpabilidad o responsabilidad penal como componente del delito y, desde mi perspectiva, confunde el concepto sustantivo de responsabilidad penal –que se compone de la imputabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la ausencia de causas exculporias– con el concepto procesal de responsabilidad penal utilizado para referirse a la prueba de la autoría o participación de un procesado en la realización de un hecho típico antijurídico y culpable.



Como se puede apreciar, la generalidad de doctrinarios nacionales restringen el ámbito de aplicación de la excepción de naturaleza de acción sin argumentaciones contundentes, como si se tratara de una institución jurídica independiente del sistema jurídico procesal penal y olvidando algunos aspectos sustanciales del Derecho Penal, prescindiendo de criterios de interpretación objetiva y lógica y, en especial, de sentido común.

Las razones de tal postura restrictiva sobre la aplicación de la excepción de la naturaleza de acción obedece generalmente a la formación de los juristas nacionales, que en el estudio del Derecho Procesal Penal desatienden aspectos vinculados a temas del Derecho Penal sustantivo, pero además, obedece al desarrollo de la dogmática penal nacional, que no ha logrado establecer criterios homogéneos en el tratamiento del delito.

A partir de la interpretación de las normas que regulan esta excepción, y de los criterios desarrollados por la doctrina, es posible establecer dos tipos de requisitos: los materiales y los procesales.

Los presupuestos materiales de la excepción de naturaleza de acción se precisan en el artículo 5 del Código de Procedimientos Penales: cuando el hecho denunciado no constituye delito; o cuando no es justiciable penalmente.

Desde mi punto de vista, dada la formulación legal de la excepción de naturaleza de acción, es inevitable concluir que esta excepción se puede deducir y puede declararse procedente por razones de atipicidad, de causas de justificación o de causas de exculpación, con una salvedad, de naturaleza procesal, que tiene que ver con la concurrencia de otro presupuesto que se desarrollará más adelante.

Por ejemplo: se imputa ser autor directo de un delito especial propio a un *extraneus*¹⁵. En este caso, la conducta del sujeto es atípica, porque no concurre un elemento del tipo objetivo. Por otro lado, se configura un supuesto de atipicidad subjetiva cuando, por ejemplo, se denuncia por aborto imprudente a una madre que usó fármacos contraindicados para su estado de gestación, provocando la muerte del feto. En este caso, se evidencia un supuesto de atipicidad subjetiva, porque el delito de auto aborto solo admite la forma dolosa más no imprudente.

15 La denominación *extraneus* se utiliza en la dogmática penal para referirse a los sujetos que realizan las conductas típicas de los delitos especiales y que no poseen la condición especial de autoría o el estatus exigido por el tipo penal.



Por otro lado, resulta necesario pronunciarse sobre el otro presupuesto material que permite deducir una excepción de naturaleza de acción, y para ello, es necesario responder a la siguiente interrogante: **¿Qué hechos no son justiciables penalmente?**

Al responder a esta interrogante, surgen dos respuestas potenciales: primero, que el hecho no es justiciable penalmente cuando este no constituye delito, que no es el caso, ya que sería redundar en el primer presupuesto material; y segundo, cuando el hecho imputado constituye delito, pero no es punible en atención a la existencia de alguna excusa absoluta o la no concurrencia de alguna condición objetiva de punibilidad¹⁶; por ejemplo: el delito de hurto cometido entre familiares no es punible y en consecuencia no es justiciable penalmente.

Esta última respuesta contiene el único supuesto que en nuestro ordenamiento procesal penal se admite para la deducción de la excepción de naturaleza de acción, porque el hecho no es justiciable penalmente, pese a considerarse el hecho como delito.

La posición desarrollada constituye una lectura amplia del ámbito de aplicación de la excepción de naturaleza de acción y, desde ya, es distinta a la que establecen la mayoría de doctrinarios nacionales (que tienden a restringir su ámbito de aplicación a los supuestos de atipicidad); sin embargo, esta interpretación no sería estrictamente correcta, si no se considera que **la excepción de naturaleza de acción, además de los presupuestos materiales, exige de un requisito procesal indispensable, como es la evidencia de sus presupuestos materiales al momento de la apertura de instrucción**¹⁷.

En efecto, a pesar de que el artículo:5 del Código de Procedimientos Penales no establece de manera taxativa este requisito procesal de la excepción de naturaleza de acción; este se deriva inevitablemente de otras normas de nuestro ordenamiento jurídico procesal penal, conforme se detalla a continuación.

16 En este sentido se pronuncia el profesor San Martín Castro y un sector de la jurisprudencia. Cfr. SAN MARTÍN, C. Op. cit., pág. 284.

17 Esta consideración de carácter procesal se puede inferir de las consideraciones y conclusiones desarrolladas en el I Pleno Jurisdiccional Penal del año 1997 (acuerdo plenario N° 6/97), donde se admitió por primera vez la posibilidad de declarar procedente una excepción de naturaleza de acción en supuestos de ausencia de dolo, error de tipo o de ausencia de otros elementos subjetivos del delito.

El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales establece las condiciones que deben concurrir para la apertura de un proceso penal, dentro de las que destaca la tarea de valoración jurídica de la conducta imputada, que consiste en establecer si la conducta denunciada por el Ministerio Público constituye o no constituye delito. Esta exigencia para la procedencia de la acción penal constituye una exigencia de puro derecho, pues **el juez, al motivar el auto de apertura de instrucción, describirá el hecho imputado y luego tendrá que hacer la calificación jurídica del hecho descrito; pero si a este le faltare alguna condición para ser constitutivo de delito, el juez deberá decretar el no ha lugar a la apertura del proceso**¹⁸.

Por ejemplo: en el auto de apertura de un proceso por delito de homicidio culposo, el juez describe que la conducta imputada a un médico consiste en no haber controlado personalmente el cumplimiento del tratamiento asignado al agraviado que era un paciente tratado ambulatoriamente, quien dejó de tomar sus medicinas y ello le produjo la muerte. En este caso, de la propia descripción del auto de apertura de instrucción se establece que se trata de un hecho atípico, de una conducta amparada por el criterio de imputación objetiva de la competencia de la víctima, pues esta, al dejar de tomar las medicinas, lo hace a su propio riesgo y, en consecuencia, la conducta del médico no constituye delito.

En este ejemplo, la inobservancia de la exigencia de verificar si el hecho denunciado constituye delito constituye el supuesto de hecho para deducir y declarar procedente una excepción de naturaleza de acción, que, como se observa, es una cuestión de puro derecho que nada tiene que ver con la prueba, y cuyo fundamento es básicamente el principio de legalidad del Derecho Procesal Penal¹⁹.

18 A partir de la modificación introducida por la Ley N° 28117 del 10/12/2003, se podrían generar algunos problemas de interpretación del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, pues al señalar la necesidad de que existan indicios de la comisión de un delito para la apertura del proceso, podría sugerir que se trata de una exigencia de naturaleza probatoria; sin embargo, la interpretación correcta implica dos aspectos a la vez: primero, que el hecho imputado constituya delito y, segundo, que existan indicios que indiquen la existencia de ese hecho.

19 Sobre la denominación "principio de legalidad", vinculada al sistema de control penal, es necesario hacer un deslinde entre la que corresponde al Derecho Penal sustantivo (principio de legalidad penal) y el principio de legalidad procesal penal, que opera como una exigencia del proceso e implica el cabal cumplimiento de la ley en todos los actos que correspondan al mismo.



En efecto, el principio de legalidad prescrito por el artículo 2, inciso 24, párrafo d de la Constitución Política del Perú, precisa que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Este principio significa una valiosa garantía para el justiciable, pero a la vez una obligación para los magistrados que administran justicia en materia penal; razón por la cual se exige al juez penal establecer si el hecho imputado constituye delito y es justiciable penalmente antes de la apertura del proceso, pero además se le faculta al procesado a oponerse a la inobservancia de esta norma, mediante la excepción de naturaleza de acción.

Este último análisis nos conduce a afirmar que **sí es posible declarar fundada la excepción en los supuestos indicados anteriormente; siempre que ellos hayan sido evidentes para el juez, al momento de la apertura de instrucción**; o para decirlo de otra manera, es procedente la excepción en estudio cuando la descripción del hecho contenida en la formalización de la denuncia y en el auto de apertura de instrucción no cumple con las exigencias del delito.

3. Trámite de excepción

Los únicos dispositivos referidos a la excepción de naturaleza de acción son los artículos 5 y 77 del Código de Procedimientos Penales; y solo en el primero de ellos existe una referencia genérica sobre el trámite de las excepciones, cuando prescribe que se pueden deducir en cualquier estado del proceso y pueden ser resueltas de oficio por el juez.

Al no existir mayores referencias normativas sobre el procedimiento y trámite de las excepciones, los jueces han asumido que se trata de una incidencia del proceso, y en mérito a ello, la tramitan conforme al procedimiento incidental, siempre que la excepción se formule antes del dictamen fiscal acusatorio, pues de lo contrario la excepción tan solo será considerada como un argumento de defensa²⁰.

Esta solución definitivamente no es la más conveniente si se toma en cuenta la función que le corresponde cumplir a la excepción de naturaleza de acción, ya que, tratándose de una cuestión de puro derecho que versa sobre la relevancia penal de la descripción del objeto principal del

20 Cfr. SAN MARTÍN, C. Op. cit., págs. 291 y 293.



proceso, debería resolverse en el mismo expediente principal y no en cuaderno aparte.

Por otro lado, tampoco es conveniente considerar una excepción de naturaleza de acción como argumento de defensa, aun cuando esta se formule luego de la acusación fiscal, pues, en tal caso, la Sala Penal debería resolver la excepción antes de emitir la sentencia y si es posible antes de dar por iniciado el juicio oral, ya que la finalidad de esta excepción es lograr una terminación anticipada del proceso.

La negativa a tramitar las excepciones como incidentes se reafirma en virtud del propio texto del artículo 90 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Decreto Legislativo N° 959 del 17/08/2004, donde se establecen exigencias probatorias a la solicitud incidental y se indica un procedimiento probatorio para el mismo, lo que resulta incompatible con el trámite de la excepciones que son cuestiones de puro derecho que no requieren actos de investigación o de prueba.

4. Razones de la ineficacia de la excepción

En la parte introductoria de este estudio se describió la ineficacia de la excepción de naturaleza de acción como un problema de la realidad de nuestro proceso penal, que se refleja en alto porcentaje de excepciones que son desestimadas por los jueces penales.

En este apartado se intenta establecer las causas o razones de tal problemática, que, desde mi punto de vista, son tres:

- La denominación excepción de naturaleza de acción es poco reveladora de su significado y de la importante función que le corresponde cumplir en el proceso.
- Otra de las razones tiene que ver con la omisión de reglas que, en materia de procedimiento, caracteriza a las excepciones del proceso penal. La normativa del Código de Procedimientos Penales no establece con claridad las pautas del procedimiento de las excepciones, lo que ha repercutido negativamente en su manejo práctico. Pues, cuando los casos se someten a trámite incidental, se abre el incidente a prueba y se pierde la perspectiva de la excepción de naturaleza de acción que nada tiene que ver con las pruebas; y cuando se considera a la excepción solo como argumento de defensa, se olvida que la función de la excepción es lograr una culminación anticipada del proceso.



El que la legislación procesal no haya establecido un trámite para las excepciones y el hecho de que en la práctica se le haya asignado el trámite incidental también ha repercutido negativamente en la agudización del problema, ya que muchos abogados hacen un uso indiscriminado de la excepción con el único fin de dilatar los procesos; esto genera un prejuicio en los magistrados, quienes abatidos por la excesiva carga procesal y el congestionamiento de procesos, tienden a rechazar las excepciones de naturaleza de acción, asumiendo que todas adolecen de lo mismo.

- A las deficiencias anteriores se suma la problemática del desconocimiento de las nuevas concepciones de la dogmática penal, que conciben a las categorías penales desde un punto de vista normativo, y abandona los conceptos causal-naturalistas o finalistas del delito, que inevitablemente exigen de la prueba la determinación de todos y cada uno los elementos objetivos y subjetivos del delito. Así, por ejemplo, el carácter normativo de la imputación objetiva²¹ dista mucho de la mera relación de causalidad, pues para la determinación de la primera basta con realizar una valoración normativa, en tanto que el nexo de causalidad exige ser acreditado con pruebas. Lo mismo se puede decir respecto del dolo, que visto desde una perspectiva normativa²² solo se atribuye, y en consecuen-

21 El fundamento de la imputación objetiva radica en la necesidad de contar con criterios que permitan establecer qué condiciones de un curso lesivo se estiman socialmente adecuadas, de forma tal que la imputación objetiva se plantea como una suerte de reparto de responsabilidades, ya que en ellas se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación a quien le pertenece el suceso, sea porque lo ha creado o porque lo ha permitido, y en virtud a determinados roles que aquel debe cumplir. En este sentido, las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que las acciones individuales puedan adquirir un significado socialmente vinculante, de forma tal que solo la imputación objetiva convierte una amalgama de posibilidades en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho Penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetiva, meramente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídicamente relevante para el Derecho Penal. Cfr. JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. 1998, págs. 21 a 23.

22 Sobre la concepción normativa del dolo, cfr. RAGUÉS I VALLES, R. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, 1999, págs. 275-321 y 362-377; GARCÍA, P. "La imputación subjetiva en el Derecho Penal". En: Kindhäuser, Urs, García, P. y Pastor, N. *Cuestiones actuales de Derecho Penal general y patrimonial*, 2005, págs. 27-31.



cia, no requiere de prueba; lo que dista mucho de la concepción tradicional y bipartita del dolo (dolo cognitivo más dolo volitivo), donde se hace inevitable recurrir a la prueba como requisito para afirmarlo o negarlo.

El desconocimiento de las concepciones normativas del Derecho Penal, sin duda, condiciona a que el juzgador, en muchos casos, declare la improcedencia de la excepción de naturaleza de acción por considerar que se sustenta en cuestiones de fondo que se deben determinar con pruebas al concluir el proceso.

III. LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

1. Noción

El artículo 6 inciso 1, párrafo, b, del Código Procesal Penal de 2004 prescribe la excepción de improcedencia de acción, que, desde su denominación, ya es mucho más reveladora del significado y función que le corresponde cumplir a este medio de defensa en el proceso penal, puesto que una exigencia para la formalización de la investigación preparatoria es que el hecho denunciado constituya delito y que sea justiciable penalmente—conforme lo establece el artículo 336 del Código Procesal Penal—, ya que, de no serlo, el ejercicio de la acción penal no sería procedente y el fiscal debería disponer el no ha lugar a formalizar la investigación preparatoria conforme lo prescribe el artículo 334 del mismo texto normativo. Si en un determinado proceso penal, a pesar de las exigencias antes indicadas, el fiscal decide formalizar la investigación preparatoria y promueve una acción penal improcedente, el procesado podría oponerse a ella mediante la excepción de improcedencia de acción.

En resumen, la excepción de improcedencia de acción constituye un medio técnico de defensa que se puede deducir cuando la acción penal se ha ejercitado pese a que no era procedente hacerlo, porque el hecho denunciado no es constitutivo de delito o no es justiciable penalmente.

2. Presupuestos para deducirla

Los presupuestos para deducir este medio de defensa son prácticamente los mismos que se habían previsto para deducir la excepción de naturaleza de acción, pues los requisitos sustantivos son: a) **que el hecho denunciado no constituya delito;** o b) **que el hecho denunciado no sea justiciable penalmente.**

A los requisitos sustantivos es necesario agregar el requisito procesal de **la evidencia de tales presupuestos**, pues no existe ninguna razón para que un pronunciamiento que requiere una base probatoria se realice antes de emitirse la sentencia; por ello, debe tenerse presente que la formulación de esta excepción en el proceso penal genera una discusión de puro derecho, que no se fundamenta en pruebas, sino en cuestiones puramente normativas.

Aunque la norma que prescribe la excepción no es explícita en cuanto a esta exigencia, está claro que se trata de una consecuencia lógica del principio de legalidad procesal penal, que exige continuar el proceso hasta concretar la finalidad inmediata del proceso penal; salvo que concurran los presupuestos de una excepción de naturaleza perentoria o de otras instituciones procesales orientadas a lograr la terminación anticipada del proceso.

3. Trámite de excepción

Uno de los aportes del Código Procesal Penal de 2004 con relación a la excepción de improcedencia de acción está referido al trámite de la misma, pues el nuevo Código no solo establece la oportunidad para deducirla, sino que además establece el trámite correspondiente a las excepciones.

En cuanto a la oportunidad, el artículo 7 del Código Procesal Penal establece tres posibilidades: a) La primera, que se formule una vez que el fiscal formaliza la investigación preparatoria y antes de la formulación de la acusación fiscal; b) La segunda que se formule durante la etapa intermedia del proceso penal, una vez que se corra traslado de la acusación del fiscal para el trámite de control de la acusación (artículo 350 del Código Procesal Penal); y c) La tercera, que la excepción sea resuelta de oficio.

En el primer supuesto, el juez de la investigación preparatoria²³, ante quien se deduce la excepción, recabará la información correspondiente del proceso y, luego de notificar la admisión de la excepción, dentro del tercer día, señalará fecha para la realización de la audiencia, que se realizará con

23 El juez de la investigación preparatoria es la denominación que le da el nuevo Código Procesal Penal al juez que cumplirá funciones de garantía en el proceso penal, y su rol será el de resolver las cuestiones e incidencias que se presenten en el proceso, controlar el cumplimiento de plazos procesales, realizar diligencias, autorizar la constitución de partes, resolver las excepciones, entre otras. Para mayores detalles sobre la función del juez de la investigación preparatoria; Cfr. HERNÁNDEZ, C. "El nuevo rol del juez de la investigación preparatoria en el Código Procesal Penal del 2004". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 144. Noviembre de 2005. Gaceta Jurídica, págs. 114-116; SANCHEZ, P. *Introducción al nuevo proceso penal*. Lima, 2005, págs. 25-27.

quienes concurren, pero con asistencia obligatoria del fiscal, quien exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

Instalada la audiencia, el juez de la investigación preparatoria escuchará por su orden al abogado que propuso la excepción, luego al fiscal, al abogado del actor civil y al tercero civil e incluso al imputado si es que asiste. Luego, el juez resolverá inmediatamente o después de dos días de celebrada la vista, pudiendo retener el expediente fiscal hasta por 24 horas para resolver el medio de defensa, que tendrá que hacerse mediante auto debidamente motivado. Contra este auto procede recurso de apelación.

En el segundo caso, la excepción se resolverá en la audiencia preliminar²⁴ de control de la acusación, donde el juez de la investigación preparatoria emitirá la resolución correspondiente, contra la que se podrá interponer recurso de apelación sin efectos suspensivos sobre el proceso.

En el tercer supuesto, la excepción podrá declararse de oficio, lo que podrá ocurrir una vez formalizada la investigación preparatoria y hasta la conclusión del proceso con la sentencia.

4. Razones para creer en la eficacia de la excepción de improcedencia de acción

Aunque pueda parecer una cuestión intrascendente, el solo cambio de denominación de la excepción podría contribuir a solucionar su problema de ineficacia, pues la denominación excepción de improcedencia de acción deja en claro su significado y finalidad de oponerse a la prosecución de un proceso penal innecesario, porque la imputación formalmente descrita en la formalización de investigación no reúne los requisitos mínimos para ser considerada como delito o para ser un hecho justiciable penalmente.

Por otro lado, la especificación del trámite también contribuye a solucionar el problema de la ineficacia práctica de la excepción, pues el trámite establecido por el Código Procesal Penal de 2004 evidencia que el propósito de esta excepción es lograr una conclusión anticipada del proceso, y ya no se considerará más a la excepción como un argumento de defensa a tomar en cuenta al momento de emitir sentencia; salvo que la defensa postergue, para los alegatos finales, argumentos que bien

24 La audiencia preliminar cumple una función similar a la audiencia de saneamiento de un proceso civil, y tiene la función de controlar el requerimiento de sobreseimiento o la acusación formulados por el fiscal. De la audiencia preliminar depende si el proceso penal ingresa o no a la etapa de juzgamiento. Cfr. MAVILA, R. *El nuevo sistema procesal penal*, 2005, pág. 134.



habrían podido emplearse para fundamentar una eventual excepción de improcedencia de acción.

Asimismo, la mejor distribución y delimitación de roles de los sujetos del proceso penal permite distinguir al juez de la investigación preparatoria (juez de garantía), que se encargará de resolver la excepción, y el juez del juicio oral y del fallo, que resuelve las cuestiones de fondo del proceso. De ahí que, sea posible apreciar con claridad el presupuesto procesal de la **evidencia de los presupuestos sustantivos de la excepción de improcedencia de acción**, ya que, de lo contrario, si se tratara de cuestiones de fondo que requieran de la investigación y de la actuación de la prueba, estas no serían de competencia del juez de la investigación preparatoria, sino del juez encargado del juicio oral y del fallo.

Por otro lado, el establecimiento del trámite inmediato de las excepciones permite avizorar que los abogados ya no utilizarán la excepción de improcedencia de acción para dilatar los procesos, sino que más bien tendrán que hacer un análisis costo-beneficio para establecer si resulta conveniente para la formulación de su teoría del caso²⁵.

En cuanto al problema del desconocimiento de las nuevas concepciones de la dogmática penal de orientación normativa, es necesario precisar con satisfacción que coincidentemente con la formulación del Código Procesal Penal de 2004, e incluso antes de su promulgación, se viene gestando un importante movimiento normativista en la dogmática penal peruana, al punto que tales planteamientos empiezan a repercutir en la jurisprudencia, donde se han expedido algunas resoluciones que evidencian la aplicación de los novedosos criterios de imputación objetiva e imputación subjetiva.

En resumen, considero que la regulación de la excepción de improcedencia de acción supera ampliamente a la vigente excepción de naturaleza de acción, y se espera que al entrar en vigencia el Código Procesal Penal de 2004, esta mejora normativa se materialice en la eficacia práctica de esta importante institución jurídica del proceso penal.

25 Siendo el proceso una discusión de versiones contradictorias sobre un hecho, la teoría del caso es un punto de vista, una idea básica y subyacente a toda nuestra presentación estratégica en el proceso y en especial del juicio. Por ello, Andrés Baytelman y Mauricio Duce afirman que cuando se tiene una teoría del caso, esta tiene que dominar todo lo que haga en el proceso. De lo contrario, cada vez que me aparto de mi teoría del caso pierdo credibilidad. Cfr. BAYTELMAN, A. y DUCE, M. *Litigación penal y juicio oral*. Lima, 2005, págs. 102 y 103.



Artículo 7. Oportunidad de los medios de defensa

1. *La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones se plantean una vez que el Fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias o al contestar la querrela ante el Juez y se resolverán necesariamente antes de culminar la Etapa Intermedia.*
2. *La cuestión previa y las excepciones también se pueden deducir durante la Etapa Intermedia, en la oportunidad fijada por la Ley.*
3. *Los medios de defensa referidos en este dispositivo, pueden ser declarados de oficio.*

Artículo 8. Trámite de los medios de defensa

1. *La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones que se deduzcan durante la Investigación Preparatoria serán planteadas mediante solicitud debidamente fundamentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria que recibió la comunicación señalada en el artículo 3, adjuntando, de ser el caso, los elementos de convicción que correspondan.*
2. *El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la admisión del medio de defensa deducido, dentro del tercer día señalará fecha para la realización de la audiencia, la que se realizará con quienes concurrán a la misma. El Fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto.*
3. *Instalada la audiencia, el Juez de la Investigación Preparatoria escuchará por su orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al Fiscal, al defensor del actor civil y al defensor de la persona jurídica según lo dispuesto en el artículo 90 y del tercero civil. En el turno que les corresponde, los participantes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado tiene derecho a intervenir en último término.*
4. *El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Excepcionalmente, y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal para resolver el medio de defensa deducido, que se hará mediante auto debidamente fundamentado.*
5. *Cuando el medio de defensa se deduce durante la Etapa Intermedia, en la oportunidad fijada en el artículo 350, se resolverán conforme a lo dispuesto en el artículo 352.*

6. *La cuestión previa, cuestión prejudicial y las excepciones deducidas a favor de uno de los imputados beneficia a los demás, siempre que se encuentren en igual situación jurídica.*

Artículo 9. Recurso de Apelación

1. *Contra el auto expedido por el Juez de la Investigación Preparatoria procede recurso de apelación.*
2. *Concedido el recurso de apelación, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, antes de la elevación del recurso a la Sala Penal Superior, que dentro del quinto día se agreguen a los actuados formados en sede judicial las copias certificadas pertinentes del expediente fiscal. Si transcurre el plazo sin que se haya agregado las copias correspondientes, el Juez inmediatamente elevará los actuados a la Sala Penal Superior, la que sin perjuicio de poner este hecho en conocimiento del Fiscal Superior instará al Fiscal Provincial para que complete el cuaderno de apelación.*

Artículo 10. Indicios de delitos en proceso extra-penal

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

SECCIÓN II LA ACCIÓN CIVIL

Artículo 11. Ejercicio y contenido

1. *El ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponde al Ministerio Público y, especialmente, al perjudicado por el delito. Si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso.*
2. *Su ámbito comprende las acciones establecidas en el artículo 93 del Código Penal e incluye, para garantizar la restitución del bien y, siempre que sea posible, la declaración de nulidad de los actos jurídicos que correspondan, con citación de los afectados.*

Artículo 12. Ejercicio alternativo y accesoriedad

1. *El perjudicado por el delito podrá ejercer la acción civil en el proceso penal o ante el Orden Jurisdiccional Civil. Pero una vez que se opta por una de ellas, no podrá deducirla en la otra vía jurisdiccional.*



2. *Si la persecución penal no pudiese proseguir, ya sea que se disponga la reserva del proceso o se suspenda por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida ante el Orden Jurisdiccional Civil.*
3. *La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

Artículo 13. Desistimiento

1. *El actor civil podrá desistirse de su pretensión de reparación civil hasta antes del inicio de la Etapa Intermedia del proceso. Ello no perjudica su derecho a ejercerlo en la vía del proceso civil.*
2. *El desistimiento genera la obligación del pago de costas.*

Artículo 14. Transacción

1. *La acción civil derivada del hecho punible podrá ser objeto de transacción.*
2. *Una vez que la transacción se formalice ante el Juez de la Investigación Preparatoria, respecto de la cual no se permite oposición del Ministerio Público, el Fiscal se abstendrá de solicitar reparación civil en su acusación.*

Artículo 15. Nulidad de transferencias

1. *El Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal o cuando se trate de bienes sujetos a decomiso de conformidad con el artículo 102 del citado Código, que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida que corresponda, solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien.*
2. *El procedimiento se sujetará a las siguientes reglas:*
 - a) *Una vez identificada una transferencia de un bien sujeto a decomiso o que puede responder a la reparación civil y que se considere incurso en lo dispuesto en el primer numeral del presente artículo, el Ministerio Público o el actor civil, introducirán motivadamente la pretensión anulatoria correspondiente e instará al Juez de la Investigación Preparatoria que disponga al Fiscal la formación del cuaderno de nulidad de transferencia. En ese mismo escrito ofrecerá la prueba pertinente.*
 - b) *El Juez correrá traslado del requerimiento de nulidad al imputado, al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado o a aquél en cuyo favor se gravó el bien, para que dentro del quinto día de notifica-*

dos se pronuncien acerca del petitorio de nulidad. Los emplazados, conjuntamente con su contestación, ofrecerán la prueba que consideren conveniente.

- c) El Juez, absuelto el trámite o transcurrido el plazo respectivo, de ser el caso, citará a una audiencia dentro del quinto día para la actuación de las pruebas ofrecidas y escuchar los alegatos de los participantes. A su culminación, con las conclusiones escritas de las partes, el Juez dictará resolución dando por concluido el procedimiento incidental. Están legitimados a intervenir en la actuación probatoria las partes y las personas indicadas en el numeral anterior.*
- d) El órgano jurisdiccional competente para dictar sentencia se pronunciará sobre la nulidad demandada. Todos los legitimados para intervenir en este incidente pueden participar en todas las actuaciones procesales que puedan afectar su derecho y, especialmente, en el juicio oral, en que podrán formular alegatos escritos y orales. En este último caso intervendrán luego del tercero civil.*
- e) Esta pretensión también puede interponerse durante la Etapa Intermedia, en el momento fijado por la Ley.*

SECCIÓN III LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

TÍTULO I LA JURISDICCIÓN

Artículo 16. Potestad jurisdiccional

La potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por:

- 1. La Sala Penal de la Corte Suprema.*
- 2. Las Salas Penales de las Cortes Superiores.*
- 3. Los Juzgados Penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que le asigna la Ley.*
- 4. Los Juzgados de la Investigación Preparatoria.*
- 5. Los Juzgados de Paz Letrados, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.*

Artículo 17. Improrrogabilidad de la jurisdicción penal

La jurisdicción penal ordinaria es improrrogable. Se extiende a los delitos y a las faltas. Tiene lugar según los criterios de aplicación establecidos en el Código Penal y en los Tratados Internacionales celebrados por el Estado, debidamente aprobados y ratificados conforme a la Constitución.

Artículo 18. Límites de la jurisdicción penal ordinaria

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. *De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.*
2. *De los hechos punibles cometidos por adolescentes.*
3. *De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.*

**TÍTULO II
LA COMPETENCIA**

Artículo 19. Determinación de la competencia

1. *La competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión.*
2. *Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso.*

Artículo 20. Efectos de las cuestiones de competencia

Las cuestiones de competencia no suspenderán el procedimiento. No obstante, si se producen antes de dictarse el auto de citación de juicio, se suspenderá la audiencia hasta la decisión del conflicto.

**CAPÍTULO I
LA COMPETENCIA POR EL TERRITORIO**

Artículo 21. Competencia territorial

La competencia por razón del territorio se establece en el siguiente orden:

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

Artículo 22. Delitos cometidos en un medio de transporte

1. *Si el delito es cometido en un medio de transporte sin que sea posible determinar con precisión la competencia territorial, corresponde conocer al Juez del lugar de llegada más próximo. En este caso el conductor del medio de transporte pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad policial del lugar indicado.*
2. *La autoridad policial informará de inmediato al Fiscal Provincial para que proceda con arreglo a sus atribuciones.*



Artículo 23. Delito cometido en el extranjero

Si el delito es cometido fuera del territorio nacional y debe ser juzgado en el Perú conforme al Código Penal, la competencia del Juez se establece en el siguiente orden:

1. *Por el lugar donde el imputado tuvo su último domicilio en el país;*
2. *Por el lugar de llegada del extranjero;*
3. *Por el lugar donde se encuentre el imputado al momento de promoverse la acción penal.*

Artículo 24. Delitos graves y de trascendencia nacional

Los delitos especialmente graves, o los que produzcan repercusión nacional cuyos efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial, o los cometidos por organizaciones delictivas, que la Ley establezca, podrán ser conocidos por determinados jueces de la jurisdicción penal ordinaria, bajo un sistema específico de organización territorial y funcional, que determine el Órgano de Gobierno del Poder Judicial.^()*

*Los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos; y, los delitos de secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado, podrán ser de conocimiento de los Jueces de la Capital de la República, con prescindencia del lugar en el que hayan sido perpetrados.^(**)*

() Párrafo rectificado por fe de erratas, publicado el 02-08-2007.*

*(**) Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22-07-2007.*

Artículo 25. Valor de los actos procesales ya realizados

La incompetencia territorial no acarrea la nulidad de los actos procesales ya realizados.

CAPÍTULO II

LA COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL

Artículo 26. Competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema
Compete a la Sala Penal de la Corte Suprema:

1. *Conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores, en los casos previstos por la Ley.*
2. *Conocer del recurso de queja por denegatoria de apelación.*
3. *Transferir la competencia en los casos previstos por la Ley.*
4. *Conocer de la acción de revisión.*
5. *Resolver las cuestiones de competencia previstas en la Ley, y entre la jurisdicción ordinaria y la militar.*



6. *Pedir al Poder Ejecutivo que acceda a la extradición activa y emitir resolución consultiva respecto a la procedencia o improcedencia de la extradición pasiva.*
7. *Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados.*
8. *Juzgar en los casos de delitos de función que señala la Constitución.*
9. *Entender de los demás casos que este Código y las Leyes determinan.*

Artículo 27. Competencia de las Salas Penales de las Cortes Superiores

Compete a las Salas Penales de las Cortes Superiores:

1. *Conocer del recurso de apelación contra los autos y las sentencias en los casos previstos por la Ley, expedidos por los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales–.*
2. *Dirimir las contiendas de competencia de los Jueces de la Investigación Preparatoria y los Jueces Penales –colegiados o unipersonales– del mismo o distinto Distrito Judicial, correspondiendo conocer y decidir, en este último caso, a la Sala Penal del Distrito Judicial al que pertenezca el Juez que previno.*
3. *Resolver los incidentes que se promuevan en su instancia.*
4. *Dictar, a pedido del Fiscal Superior, las medidas limitativas de derechos a que hubiere lugar.*
5. *Conocer del recurso de queja en los casos previstos por la Ley.*
6. *Designar al Vocal menos antiguo de la Sala para que actúe como Juez de la Investigación Preparatoria en los casos previstos por la Ley, y realizar el juzgamiento en dichos casos.*
7. *Resolver la recusación planteada contra sus Magistrados.*
8. *Conocer los demás casos que este Código y las Leyes determinen.*

Artículo 28. Competencia material y funcional de los Juzgados Penales

1. *Los Juzgados Penales Colegiados, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.*
2. *Los Juzgados Penales Unipersonales conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los Juzgados Penales Colegiados.*
3. *Compete funcionalmente a los Juzgados Penales, Unipersonales o Colegiados, lo siguiente:*



- a) *Dirigir la etapa de juzgamiento en los procesos que conforme Ley deban conocer;*
- b) *Resolver los incidentes que se promuevan durante el curso del juzgamiento;*
- c) *Conocer de los demás casos que este Código y las Leyes determinen.*
- 4. *Los Juzgados Penales Colegiados, funcionalmente, también conocerán de las solicitudes sobre refundición o acumulación de penas;*
- 5. *Los Juzgados Penales Unipersonales, funcionalmente, también conocerán:*
 - a) *De los incidentes sobre beneficios penitenciarios, conforme, a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal;*
 - b) *Del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias expedidas por el Juez de Paz Letrado;*
 - c) *Del recurso de queja en los casos previstos por la Ley;*
 - d) *De la dirimencia de las cuestiones de competencia entre los Jueces de Paz Letrados.*

Artículo 29. Competencia de los Juzgados de la Investigación Preparatoria

Compete a los Juzgados de la Investigación Preparatoria:

- 1. *Conocer las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la Investigación Preparatoria.*
- 2. *Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la Investigación Preparatoria.*
- 3. *Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada.*
- 4. *Conducir la Etapa Intermedia y la ejecución de la sentencia.*
- 5. *Ejercer los actos de control que estipula este Código.*
- 6. *Ordenar, en caso de delito con resultado de muerte, si no se hubiera inscrito la defunción, y siempre que se hubiera identificado el cadáver, la correspondiente inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.*
- 7. *Conocer de los demás casos que este Código y las Leyes determinen.*

COMENTARIO:

**¿DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE? IDEAS PARA UNA
REDEFINICIÓN DEL PODER DE CONTROL DEL JUEZ
DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

CÉSAR RUBIO AZABACHE*

I. GENERALIDADES

En la doctrina¹ y jurisprudencia² nacional no existe mayor discusión en reconocer al juez de la investigación preparatoria, entre otras funciones, el control de los actos de investigación realizados por el Ministerio Público en quien recae la titularidad de la acción penal. Sin embargo, de manera paradójica, en la práctica procesal subsisten aún zonas grises relativas al contenido y límites de dicha función-poder. Esta falta de claridad obliga a nuestros tribunales a recurrir, en no pocas ocasiones, al “sentido común” para diferenciar los supuestos de competencia jurisdiccional, de aquellas facultades exclusivas de las partes. Así, por ejemplo, se puede mencionar el control de plazo constituido jurisprudencialmente como facultad exclusiva del imputado y su defensor. La primera interrogante que surge en este tema tiene que ver con el objeto de control en la investigación: ¿qué controla el Juez en la investigación? La respuesta resulta compleja debido a la redacción del artículo 29 del Código Procesal Penal de 2004 (NCPP) —y quizá radique aquí el origen de la confusión— que formula una definición de los supuestos de competencia del Juez de la investigación dejando en su apartado 7 a otros supuestos que determine *el Código y las demás leyes*. Una primera respuesta tiene que ver con la idea de que si la investigación es dirigida por el Fiscal, la competencia del juez quedará definida por los supuestos establecidos expresamente, cual

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal en la Universidad César Vallejo.

1 Al respecto puede verse ORE GUARDIA, Arsenio, “El Ministerio Fiscal en el nuevo Código Procesal Penal peruano”. En: *El Ministerio Fiscal - Director de la Instrucción*. Vicente Gimeno Sendra (Dir.). Iustel. Madrid. 2006, p. 170; PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *El nuevo proceso penal peruano*. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 79; FUENTES SORIANO, Olga. “El modelo acusatorio y el Ministerio Público”. En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 142.

2 Por ejemplo: el control de legalidad procesal que realiza el Juez en la Confirmación de medida restrictiva de derechos cuando la policía o Fiscalía han obrado en los supuestos en los que no se requiere autorización judicial.

última ratio, en el NCPP y en las demás leyes; por consiguiente, el Juez será incompetente en los casos no previstos por estas. Adicionalmente, esta interpretación de la competencia judicial se encuentra estrechamente vinculada a la idea de que el Juez no puede suplir a la actividad de las partes, idea que le impide asumir el rol del investigador o el de la defensa. Pero la aplicación errónea de este principio –derivado del principio de imparcialidad– llevado a su extremo máximo ha conducido en la práctica a otorgar una percepción *privada* del control de la etapa preparatoria, es decir, el Juez carecería de facultades para intervenir y, que solo las adquiere cuando una de las partes así lo requiere o solicita. Ello aparentemente tendría una justificación de naturaleza también práctica, pues si el Juez no conduce la investigación, no conoce de los antecedentes de la misma y, por tanto, no habría motivos, al menos conocidos, porqué intervenir. Pero qué sucede si el Juez advierte (de oficio) en la etapa preparatoria la afectación de garantías del imputado sea por *actos* de investigación (de la policía o del fiscal) o por una *omisión* (por ejemplo: la no disposición de conclusión de la investigación preparatoria cuando se encuentran vencidos los plazos que la ley prevé); aún cuando no fuera invocado por la parte afectada ¿el Juez estaría legitimado para intervenir y reconducir el proceso a los límites que establecen las garantías procesales?; ¿puede el Juez declarar la nulidad de actos de investigación realizados por la policía o por la fiscalía?. Por ello, el presente trabajo está orientado a obtener criterios razonables para establecer el contenido y límites del control del Juez de investigación preparatoria a partir de tres problemas específicos: las nulidades procesales, tutela de derechos y los efectos de la declaratoria de complejidad de la investigación penal. Sin embargo, este desarrollo se realiza en la conciencia de que no representa un trabajo acabado sino apenas la exteriorización de algunas ideas que pueden servir para renovar el debate, siempre necesario, acerca de la necesidad de replantear los criterios para definir el contenido y límites del poder de control de las garantías.

II. POSICIÓN DEL IMPUTADO FRENTE AL MINISTERIO PÚBLICO

Más allá de la retórica usualmente empleada para describir las bondades –muchas veces *cuantitativas* por sobre las *cualitativas*– del proceso acusatorio, debería fijarse el centro de atención en cómo sus principios, en especial la igualdad de partes, encuentran operatividad en el contexto al cual se aplican. Para ello debe partirse de una idea central: en nuestro sistema la persecución penal se encuentra a cargo del Estado que cuenta con un sin número de mecanismos para realizar actividad investigativa. Dicha actividad se encuentra encaminada a hacer efectivo el ejercicio de la violencia estatal



contra quien ha infringido las normas que sustentan el ordenamiento: el delincuente. Por dicha razón, y por la desigualdad material e histórica que subyace, el proceso penal en el Estado de Derecho se erige como todo un sistema de garantías que siempre juegan –o deberían jugar– a favor del imputado para resistir el poder estatal. Estas garantías por definición hacen efectivos los principios reconocidos en las Constituciones y Tratados Internacionales sobre derechos humanos a partir del siglo XVIII. Por esta razón histórico-material al Ministerio Público, como ente estatal, en el proceso penal, no le corresponden derechos fundamentales que tutelar. ORÉ GUARDIA distingue dos funciones principales en la etapa de investigación: de una parte, la dirección que corresponde al Ministerio Público y que, en rigor, significa conducir el curso de la actividad investigativa y, de otra, la función de control que le corresponde al Juez. Este control ejercido por el Juez no busca definir o determinar la labor del Fiscal, sino más bien cautelar que dicho rol se ejerza respetando los derechos fundamentales del imputado y las garantías que le asisten a la víctima³. En esta etapa del proceso se ejecutan actos orientados a descubrir u obtener fuentes de prueba a través de una actividad investigativa conducida por funcionarios públicos autorizados para la persecución estatal (la policía en el marco de sus atribuciones⁴, y el Fiscal como conductor). El NCPP atribuye, además, al Ministerio Público, el control de la actividad investigativa, más allá de lo jurídico, y, que se extiende al diseño de la estrategia y el establecimiento del objeto y formalidades específicas de los actos de investigación⁵ (artículo 68 NCPP): recibir denuncias, sentar actas verbales, tomar declaraciones a denunciados, vigilar y proteger el lugar de los hechos, practicar el registro de personas, recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, practicar diligencias orientadas a la identificación de los autores, recibir declaraciones de testigos, levantar planos, tomar fotografías, capturar a presuntos autores, asegurar documentos privados, allanar locales de uso público, efectuar secuestros e incautaciones, recibir manifestaciones de autores, entre otras actividades propias de la investigación. Por eso, el Ministerio público aparece como *una entidad bifronte*: una cara que mira a la policía –que le da indicaciones claras, le dice cuál es la estrategia de investigación, cómo no debe actuar para no arruinar la prueba– y otra cara que

3 ORE GUARDIA, Arsenio. Op cit., p. 170.

4 Por mandato constitucional, la Policía cumple la labor de preservación del orden interno y prevención del delito (artículo 166, Constitución Política)

5 DOIG DIAZ, Yolanda. "El Ministerio Fiscal - Director de la Instrucción en el Código Procesal Penal Peruano". En: *El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción*, p. 187.



mira hacia la justicia, transformando esta investigación policial en un caso que pueda ser resuelto por los jueces, aplicando el derecho⁶.

Sobre la naturaleza de los actos realizados en la investigación penal conviene realizar algunas precisiones: los actos de investigación son aquellos que se realizan durante la etapa preparatoria, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados, en forma *mediata*, para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y, en forma *inmediata*, para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez durante las etapas del procedimiento. Actos de prueba son, en cambio, todos aquellos actos realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y el juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho⁷. En la etapa preparatoria, los “actos de investigación” no tienen por objeto producir una decisión de absolución o condena, sino solamente reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una acusación, esto es, aquellos elementos que se pretende producir durante el juicio oral para verificar las proposiciones de la parte acusadora y de la acusada, en torno a la existencia del delito y la participación punible del acusado. Además de ello, los actos de investigación han de justificar las resoluciones que el juez de la investigación preparatoria debe adoptar durante la etapa de investigación; *Vgr*: prisión preventiva, arresto domiciliario, etc.

Con este fin, las entidades de persecución están dotadas de potestades y atribuciones que afectan derechos de valor constitucional (intimidad, inviolabilidad del domicilio, inviolabilidad del secreto de las comunicaciones), así como del equipo técnico y logístico para asumir dicho rol. Sin embargo, la historia de los modelos procesales enseña que esa actividad no siempre se ha realizado dentro de los márgenes de legalidad sino que, y en forma casi generalizada, se ha realizado de espaldas a la misma. El nuevo sistema está diseñado para controlar en sus diversos aspectos la investigación efectuada por el Estado, porque se trata de una investigación orientada a la acumulación de los antecedentes necesarios para la imposición de una pena, esto es, una de las formas más severas de afectación de los derechos del ciudadano. Se trata además, de un tipo de investigación dirigida desde el poder público, que cuenta con enormes recursos para llevarla a efecto y aparece revestida ante el ciudadano común

6 BINDER, Alberto. *Política Criminal: De la formulación a la praxis*. AD-HOC, 1997, Buenos Aires, p. 225.

7 LOPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho procesal chileno*. T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 68.



de la aparente legitimidad que proporciona la autoridad estatal⁸. En ese sentido, las formas procesales, especialmente en etapa preparatoria, juegan un papel sumamente importante para garantizar los derechos de quien es sujeto de investigación, previniendo y sancionando el abuso contrario a los valores constitucionales. Por ello, el NCPP regula de manera específica las formas para la autorización y ejecución de medidas intrusivas como la incautación de objetos, documentos e instrumentos; exámenes corporales; allanamientos; retención e incautación de correspondencia, interceptación de comunicaciones. No debe perderse de vista que los funcionarios encargados de la persecución penal son quienes dirigen y ejecutan la actividad investigativa, de manera que las exigencias formales previstas para cada acto deben ser observadas con el fin de proteger las garantías constitucionales que dichas medidas afectan.

Mientras el acusador tiene la función epistemológica de demostrar la verdad de la hipótesis acusatoria –y de refutar las hipótesis absolutorias esgrimidas por la defensa–, el acusado tiene la función de refutar dicha hipótesis acusatoria y de plantear posibles hipótesis defensivas. Para que este método de búsqueda de la verdad produzca resultados justos –en el sentido ante señalado– es preciso, entonces, que ambas partes no solo tengan los mismos poderes formales sino también similares poderes materiales que les permitan probar sus propias hipótesis y refutar las ajenas. Esto significa, fundamentalmente, que ambas partes tengan similares recursos humanos y materiales para realizar sus propias investigaciones fácticas –y jurídicas–, y de este modo, estar en un pie de igualdad durante el juicio. Por las mismas razones, también es necesaria una igualdad no solo formal sino también material para que el imputado sea un auténtico sujeto de derechos y para que, en caso de negociaciones, la desigualdad material entre las partes no torne coactiva toda amenaza del acusador⁹. Se ha dado un gran avance, en nuestro país, con el adecuado fortalecimiento de la Defensoría de Oficio, sin embargo falta mayor compromiso en los Colegios de Abogados para propiciar la implementación de laboratorios especializados privados que permitan el análisis de la evidencia en los casos de imputados carentes de recursos y que les permita llegar en mejores condiciones al juicio oral o a cualquier negociación. Como enseña FERRAJOLI: “...el pacto en materia penal, de hecho, no puede

8 LOPEZ MASLE. Op cit., p. 74.

9 LANGER, Máximo. “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”. En: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico - comparado*. Edmundo S. Hendler (comp.). Editores del Puerto. Buenos Aires, 2004, p. 265.



sino fundarse en un intercambio perverso. ¿Qué puede dar el sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada, de haber codelinquido con los demás acusados”¹⁰.

En ese sentido nos encontramos con que la igualdad de partes declarada en el Título Preliminar del NCPP constituye, aún, un ideal que debe discurrir por una profunda reflexión, propuestas y debate hasta que se materialice en el proceso penal.

III. PROBLEMAS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

3.1. El incumplimiento de las formas procesales

El flujo que explica la actividad investigativa indica la existencia de una relación entre *acto de investigación* (potencialmente lesivo de derechos fundamentales) y *resultado obtenido* (información). Así, todo acto de investigación regular que respete un principio a través de las formas procesales producirá un efecto o resultado consistente en la obtención de información que no necesariamente será relevante o contundente para resolver el caso. En ocasiones, el cumplimiento de las formas puede conllevar al no descubrimiento de la información deseada; en otras, el descubrimiento a través de la inobservancia de las formas impide que sea utilizada por el acusador para apoyar su “versión” acerca del hecho. En este último supuesto puede afirmarse que las formas constituyen un obstáculo para los fines de la investigación criminal. En ello radica uno de sus principales fundamentos: el de constituir límites a la actividad probatoria. Como sostiene BINDER: “un principio está garantizado solo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado. Para garantizar el cumplimiento de ese principio se establecen requisitos para los actos procesales o se regulan secuencias entre actos. Estos requisitos legales o esas secuencias necesarias previstas en la ley son las formas procesales. Cuando no se cumple una forma (se incumple un requisito legal o se rompe una secuencia necesaria), la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa.”¹¹ De ello se derivan las

10 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, Trotta, 1995, p. 748.

11 BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales. Elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*. AD-HOC. Buenos Aires, 2000, p. 56.



siguientes consecuencias: En primer lugar, no toda trasgresión de una forma produce un acto inválido, pues pueden existir defectos formales que son insubstanciales, es decir, que no tienen aptitud para provocar ninguna afectación del principio garantizado; en segundo lugar, no todo acto inválido produce un acto nulo, ya que esa invalidez también podría repararse por sí misma (cuando el acto cumplió sus efectos del mismo modo) o el principio pudo ser saneado por la actividad jurisdiccional reparadora; y, en tercer lugar, el concepto de acto nulo queda reservado estrictamente para aquellos actos inválidos que no han podido ser reparados. Conviene advertir que la funcionalidad de la forma incumplida determina la respuesta a que dicho acto, sea subsanando, convalidando o declarando su nulidad. La determinación de si el incumplimiento de una forma genera la declaración de nulidad del acto exige *identificar la funcionalidad* que cumple la forma incumplida, es decir, si se trata de una forma que garantiza un principio o si se trata de una norma que solo reglamenta el acto en sí con independencia de un valor superior. Por esta razón se debe tomar en cuenta que las formalidades expresamente establecidas para cada tipo de acto en la etapa preparatoria estarán en íntima vinculación sea con un interés constitucionalmente protegido, o bien, con otro de rango infraconstitucional. Dependiendo entonces de la funcionalidad de la forma afectada nos encontraremos ante un acto que adolece de nulidad (absoluta) o que, por el contrario, solo será subsanable pero que de modo alguno significa la afectación de un derecho fundamental. A continuación se desarrollan las dos situaciones que en materia de actividad investigativa se presentan a partir del incumplimiento de las formas: **a) actos de investigación contrarios a la forma y que no han producido aún información;** **b) actos de investigación contrarios a la forma que han producido información.** A su diferenciación y los disímiles tratamientos propuestos por el NCPP respecto de uno y otro se dedican las líneas que siguen.

3.1.1. Actos de Investigación contrarios a la forma y que no han producido aún Información

El ordenamiento procesal ha establecido una respuesta:

a) La Tutela de derechos

La tutela de derechos como mecanismo de defensa no encuentra antecedente legislativo en nuestro ordenamiento, constituyendo una novedad en el sistema procesal peruano. Esta circunstancia hace que no existan aún criterios claramente definidos para en-



tender a cabalidad la funcionalidad y capacidad de rendimiento de este mecanismo en los supuestos plausibles de tutela. Según una concepción amplia, la tutela de derechos abarcaría todo tipo de cuestionamientos a la actividad fiscal y policial contrarias a ley con el único límite de que sean advertidos en la etapa de investigación o diligencias preliminares. En ocasiones se ha confundido la tutela de derechos con un mecanismo protector de derechos de naturaleza constitucional, abarcando un conjunto de supuestos cuyo denominador común estriba en la *urgencia e inaplazabilidad*. En la práctica procesal se resuelven vía Tutela de derechos el control de plazos, los cuestionamientos a los actos de investigación, pedidos de nulidades, principalmente.

Una opción contraria, y que se propone en el presente trabajo, entiende que el ámbito de aplicación de la tutela de derechos es mucho más restringido de lo que parece; y cuyos supuestos se encuentran previamente definidos en el artículo 71.4 NCPP. Este mecanismo se erige como un mecanismo de protección contra la actividad investigativa contrario a una garantía, pero independientemente de si se ha obtenido información como resultado. Aquí radica una de sus principales diferencias respecto a la nulidad, pues a través de la tutela se adelanta la protección a toda actividad investigativa que pueda afectar un principio antes que la información sea obtenida o utilizada; pues si la información es utilizada para sustentar un requerimiento ya no procede la Tutela de derechos sino que nos encontramos ante un acto nulo. Ejemplo: contra el pedido de prisión preventiva basado en la grabación de una conversación incriminatoria obtenida a través de una interceptación telefónica realizada por la policía, pero no autorizada judicialmente ya no cabría una tutela de derechos; pero si la intervención telefónica se está ejecutando, puede solicitarse una tutela, debiendo el Juez, siempre que constate que se trate de una medida limitativa indebida, dictar una medida de corrección.

El ámbito de la tutela de derechos no abarca el incumplimiento de requisitos de forma que tienen que ver con la reglas para la actuación de una actuación, por ejemplo: Si el informe pericial oficial grafotécnico omite la indicación de los criterios científicos, técnicos o reglas de los que se sirvieron para hacer el examen, la vía de tutela puede resultar un desacierto a los intereses de la defensa. No se trata de un supuesto de vulneración de un derecho fundamental,



por lo que no podría considerarse prueba prohibida. Tampoco sería tutelable. La razón de ello radica en que la norma aludida tiene que ver con las condiciones de autenticidad o confiabilidad del procedimiento, evitando de esta manera cuestionamientos posteriores. Válidamente puede ingresar dicha información al juicio en el que la defensa podrá hacer valer los cuestionamientos que debiliten la confiabilidad de la información obtenida. Por el contrario, si en un caso como el planteado la defensa solicita tutela de derechos, el Juez debería dictar una medida de corrección o de subsanación, ordenando que la diligencia de reconocimiento cumpla con los requisitos legales antes omitidos, lo que no necesariamente tendría que ser útil a la defensa.

Esta concepción de la tutela de derechos encierra el mensaje político criminal de que no es necesario el riesgo de utilización de información obtenida (supuesto de prueba prohibida), sino que la protección se adelanta al momento de la ejecución del procedimiento contrario a las garantías, dictando una medida de subsanación, de corrección, o de protección según sea el caso.

Conforme lo establece nuestra legislación pueden plantearse los siguientes supuestos siempre que se traten de actos de investigación (diligencias preliminares/investigación preparatoria) en ejecución, es decir, que aún no han producido información:

- a) Imputado/Investigado considera que no se ha dado cumplimiento a las disposiciones del artículo 71, NCPP.
- b) Imputado/Investigado considera que sus derechos no son respetados.
- c) Imputado/Investigado considera que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas.
- d) Imputado/Investigado es objeto de requerimientos ilegales.

a.1. Decisiones en la vía de tutela:

- i) **Subsanar omisión:** Si se trata de una conducta reiterada, el Juez puede disponer que el Fiscal comunique con anticipación la realización de las diligencias de la investigación de manera que facilite el ejercicio del derecho de defensa.
- ii) **Medidas de corrección:** El Juez ordena a los funcionarios de la persecución el cese de la grabación de comunicaciones telefónicas no autorizadas judicialmente.



- iii) **Medidas de protección:** Cuando el Juez toma conocimiento de que investigado no cuenta con abogado defensor para su declaración, debe nombrársele uno de oficio.

La ubicación sistemática de la vía de tutela en el capítulo referido a los derechos del imputado otorga sentido a la idea de que la vía de tutela busca subsanar una omisión, corregir un error o dictar una medida de protección en orden de garantizar que en la etapa de investigación o diligencias preliminares pueda conocer los cargos, designar abogado defensor de su libre elección, preparar su defensa, a no autoincriminarse, que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, a ser examinado por un médico legista cuando su estado de salud así lo requiera. De lo que se trata es de resguardar que el imputado pueda ejercer plenamente su defensa y en igualdad de condiciones oponerse a todo acto contrario a ella. Se puede apreciar que, en vía de tutela de derechos, el Juez no puede declarar la nulidad de un acto de investigación.

a.2. Audiencia:

Algunos casos exigen ser resueltos previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes; otros como, por ejemplo, la designación de Abogado de oficio, no requieren de mayor trámite.

3.1.2. Actos de Investigación contrarios a la forma que han producido información

Frente a este supuesto, el NCPP ha establecido dos respuestas:

a) La declaración de Nulidad del acto inválido o secuencia de actos

La teoría de las nulidades procesales tradicionalmente ha sido asociada a la idea ritualista del proceso penal: "*Quod non est in acta non est in mundo*". La importancia de los actos procesales, minimizada a los formalismos que exige cada papel que conforma el expediente, trajo como consecuencia que cualquier error en la consignación del acta (fechas, dudas en la identificación de las partes concurrentes al acto), error de foliación, la falta de un sello o firma en una resolución, el error en el orden en que se cosen los actuados del expediente, sea condición suficiente para producir la declaración de nulidad del acto o secuencia de actos, y, como efecto de ello, retrotraer el proceso al estado anterior al acto de-



fectuoso advertido. Esta concepción sacramental de la teoría de las nulidades procesales, disociada de cualquier referencia a la funcionalidad de la norma afectada, guarda distancia de la verdadera función que cumplen las garantías (formas) para asegurar un principio a favor del imputado. La incertidumbre acerca de lo que realmente debe ser objeto de protección o reparación a través de las nulidades ha sido aprovechada en muchas ocasiones por las propias partes para complicar, aún más, el proceso al punto de convertirlo en un laberinto de incidencias e impugnaciones de nunca acabar. Por el contrario, si partimos de que en su esencia las formas cumplen una determinada funcionalidad –consistente en garantizar un principio–, es lógico que su infracción deba producir una consecuencia.

Una concepción de la teoría de las nulidades fundada en el sistema de garantías, que conforman la estructura del proceso penal, debe despojarse de aquella noción ritual del proceso; y, por el contrario, aproximarse a la funcionalidad que cumple cada una de las garantías en relación de los principios. Esta concepción parte del entendimiento de que en el ordenamiento procesal coexisten normas de distinto signo y funcionalidad. Un primer grupo de ellas se encuentra orientado a garantizar la vigencia e inviolabilidad de un derecho fundamental o de protección constitucional, cuya infracción genera la nulidad (absoluta) del acto declarable de oficio o a pedido de parte. Esta lógica funciona en los casos en que la *formalidad* es la *garantía* siempre que su función se circunscriba a la protección de un principio. Por ejemplo, el incumplimiento de parte del policía de hacer conocer al investigado su derecho a no declarar contra sí mismo (*Nemo tenetur se ipsum accusare*¹²) invalida la confesión obtenida. De lo que se trata, en estos casos, no es de sancionar un incumplimiento formal carente de sentido funcional; sino de la inobservancia de una forma que tiene la función de garantizar un principio.

12 Como sostiene ROXIN "...el gran peligro para el principio *nemo tenetur* gira en torno a la primera declaración policial. En este momento, el procesado puede ser sorprendido fácilmente y, aprovechándose de su desconocimiento legal, conseguirse su confesión, al no haber sido instruido de su derecho a no declarar...". *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Tirant lo Blanch, 2000, Valencia, p. 126.



Pero existen también otro tipo de normas del ordenamiento procesal cuya función consiste en la reglamentación de un determinado procedimiento y, que sirven, también, para garantizar la autenticidad del acto procesal y su contenido. Esta función no tiene nada que ver —al menos directamente— con un principio históricamente reconocido a favor del imputado. Ergo, el análisis debe estar dirigido a establecer el interés que subyace, de manera que si se trata de un interés infraconstitucional, su incumplimiento solo puede generar un cuestionamiento a la autenticidad o fiabilidad del acto realizado, pero que, en todo caso, debe ser probada por quien la acusa, es decir, no opera de oficio¹³. Por ejemplo, el caso del allanamiento del inmueble en cumplimiento de la orden judicial, pero en la cual existe un error tipográfico respecto de la dirección exacta. Si no se tienen dudas acerca de la individualización del domicilio, y la resolución que lo autoriza se encuentra debidamente motivada, no existiría una afectación a su inviolabilidad si se trata de un error insubstancial.

Este concepto de nulidad puede comprender a la prueba ilícita si se la entiende como aquella obtenida con violación de derechos fundamentales, no siendo este concepto extensible a otro tipo de infracciones que pudieran cometerse tanto de derechos no fundamentales, como de otras normas del procedimiento o, en fin, en momento distinto de la obtención de la fuente de prueba, lo que lleva necesariamente a acudir a otras categorías. Aunque este concepto de la prueba ilícita no sea absoluto, como tampoco los derechos fundamentales, sino que debe ser aplicado en cada caso con la relatividad propia a cada situación concreta. La valoración del alcance de la prueba ilícita, se debe adaptar a tres grandes conceptos que impiden una aplicación automática y formalista de la misma, conceptos que están presentes en todas las legislaciones y de los que la jurisprudencia se hace eco constante: *la finalidad de la prueba ilícita* (toda infracción debe ser interpretada a la luz de los efectos de la restricción de uso cuando la infracción provenga de uno de los mismos imputados o de terceros ajenos al Estado cuya

13 Así ASENCIO MELLADO, José María: "... si la fuente se incorpora por no haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales, la manipulación habrá de acreditarse por los medios que la propia ley, establece al efecto...". En: *Prueba ilícita y lucha anticorrupción. El caso de los "vladivideos"*. Grijley. Lima, 2008, p. 44.

finalidad no sea amparable jurídicamente o lo sea la de buscar la infracción); *el principio de proporcionalidad de los sacrificios* (suje- to a una ponderación caso por caso de los hechos, sujetos, delitos presuntamente cometidos, la capacidad de investigación y la de los intervinientes en su ocultación), y, *la extensión de los efectos de la prueba ilícita* (analizando si una prueba alcanzada infringiendo derechos de un sujeto puede beneficiar a alguien cuyos derechos no han sido afectados)¹⁴.

La nulidad es una solución final, la última respuesta, y por eso mismo, no es conveniente seguir manteniendo los múltiples sentidos para la voz “nulidad”, ya que eso genera confusiones en el sistema y tampoco se puede hacer girar la teoría de la actividad procesal defectuosa alrededor de la idea de nulidad. Al contrario, *el centro de una teoría de la actividad procesal defectuosa es el desarrollo de los modos de reparación o restauración de los principios constitucionales cuya vigencia está garantizada por las formas*.¹⁵

La importancia de este entendimiento radica: en primer lugar, en la protección ante el uso de la información obtenida mediante un procedimiento contrario a las garantías; en segundo lugar: que las medidas intrusivas y cautelares no se apoyen en información obtenida ilegítimamente; en tercer lugar: garantiza que la información que ingresa al juicio no provenga de procedimientos contrarios a la Constitución. Desde esta perspectiva, la posición que se asume en el presente trabajo es que los actos del Ministerio Público, y también de la policía, pueden ser declarados nulos cuando se afecta una garantía, en contra de aquella posición jurisprudencial¹⁶ que,

14 ASENCIO MELLADO. Op cit., p. 23.

15 BINDER, Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Op. cit., p. 96.

16 Así la Resolución de fecha 24-03-08, recaída en el Exp. N° 2749-2007 del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de La Libertad que declara improcedente el requerimiento de nulidad apoyado en consideraciones de índole organizacional (autonomía y jerarquía) antes que material. En el caso motivo de resolución, la fiscalía solicita al juzgado que declare nula la disposición de acumulación de investigaciones. Aún cuando comparto que nada impedía que el Fiscal se pronuncie dejando sin efecto tal disposición, sin recurrir a la nulidad, considero errado el argumento utilizado. Éste argumento constituye una de las manifestaciones de la organización reflejo de las instituciones que conforman el sistema de justicia respecto de la organización jerarquizada de la judicatura. Véase: BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge. *De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América latina*, AD-HOC, Buenos Aires. 2004, p. 227.

fundándose en consideraciones de autonomía institucional, reduce el ámbito de las nulidades a los vicios procesales de las resoluciones y actos jurisdiccionales, perdiendo la perspectiva de que el único rol del juez en la investigación preparatoria, en el Estado constitucional de derecho, es precisamente cautelar el respeto de las garantías; lo cual no afecta la autonomía institucional del Ministerio Público.

¿Cómo excluir la información obtenida a través de un procedimiento contrario a las formas? La etapa intermedia constituye la etapa de preparación del juicio oral, y por excelencia, la de ofrecimiento y examen de admisibilidad de la prueba. Conforme a nuestro ordenamiento solo cabe excluir la prueba impertinente y la prohibida por ley, pudiendo el Juez limitar los medios probatorios cuando sean sobreabundantes¹⁷. Es decir, en la etapa intermedia se encuentra asegurada la oportunidad para lograr la exclusión de ciertos medios de prueba cuando no sean pertinentes al caso y contrarios a ley. Sin embargo ¿se puede excluir un elemento de prueba antes de la etapa intermedia? En estricto, el problema está referido a los mecanismos con los que cuentan el imputado y, acaso, el juez de la investigación preparatoria cuando a través de un procedimiento contrario a las garantías reconocidas constitucionalmente se ha obtenido elementos de prueba de cargo. Es decir, el problema tiene que ver con la posibilidad de cuestionar la validez de los actos de investigación antes de la etapa intermedia; v. gr.: Si el Fiscal requiere prisión preventiva sustentando tal pedido en la información obtenida por el policía quien, pese a no contar con autorización judicial, ingresa a la vivienda del investigado, encontrando sustancias psicotrópicas en grandes cantidades. Para dar solución a este problema, el primer planteamiento consiste en que al haber establecido el artículo 155, inc. 2 del NCPP que el Juez solo puede excluir las pruebas que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley, no podría objetarse la validez de dichos actos sino en la etapa intermedia. Ello resulta lógico si se parte de que

17 Artículo 155.2. CPP: *“Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución...”*.

solo cabe excluir algo siempre que se ofrezca y el estadio de ofrecimiento es la etapa de intermedia; y como consecuencia de ello, antes de dicha etapa no existe prueba que excluir. Sin embargo, a diferencia del Juzgamiento en el que se practica y produce prueba¹⁸, en la etapa de investigación preparatoria, se realizan actos de investigación tendientes a obtener elementos probatorios que, de manera mediata, serán introducidos al juicio. Sin embargo, dichos elementos probatorios o de convicción en la etapa preparatoria constituyen, de manera inmediata, el fundamento de una medida de coerción o de una intrusiva. El problema se encontraría resuelto y el Juez está obligado a utilizar los elementos de convicción ofrecidos, fundando una de aquellas medidas, no obstante, el procedimiento trasgresor de garantías con las que se obtuvo. Sin embargo, tal planteamiento constituye un contrasentido de las bases del sistema acusatorio, otorgando eficacia a los elementos de convicción obtenidos con afectación de derechos fundamentales, acordando, por ejemplo, una prisión preventiva, para luego *excluirlos* en la etapa de ofrecimiento.

b) La Inutilizabilidad

El segundo planteamiento se desarrolla a partir de una interpretación sistemática de los artículos VIII, TP (Prohibición de valoración de prueba); 155.2. (Exclusión); y 159.1. NCPP (Inutilizabilidad). El mensaje político criminal de esta concepción estriba en la protección otorgada ante el uso de la información inconstitucionalmente obtenida. En la etapa de Investigación solo podrá declararse la *inutilizabilidad* de la fuente de prueba obtenida (en el ejemplo anterior declarando infundado el Requerimiento de prisión preventiva y declarando inutilizable la fuente de prueba obtenida). La posibilidad de declarar la nulidad del acto de investigación en virtud del cual se obtuvo la prueba ilícita constituye una declaración formal de ineficacia muy anterior a la aplicación de la regla de exclusión, que habilita al juez de garantía para desconocerle todo valor al acto durante la etapa de investigación¹⁹; pues la prueba ilícita constituye una declaración formal de ineficacia. Si el Fiscal requiere la prisión preventiva ofreciendo como elemento de convicción el "Acta de

18 A excepción de los casos de prueba anticipada en la que el NCPP faculta al Juez de Investigación preparatoria a presenciar la producción de prueba.

19 LOPEZ MASLE, Julián. Op cit., pág. 207.

Entrevista fiscal”, sin presencia de Abogado defensor y sin que al menos conste que se le haya hecho saber sus derechos derivados de la no autoincriminación (derecho a guardar silencio, a no ser obligado a decir la verdad, a responder en parte), el Juez no podrá sustentar su decisión sobre la base de dicho elemento. En tal sentido, el Juez debe declarar la *inutilizabilidad* de dicho elemento obtenido²⁰.

3.2. Complejidad de la investigación y control de plazos

3.2.1. ¿Quién declara la complejidad de la investigación?

El artículo 342.3 del NCPP establece los supuestos en los que cabe declarar complejo un proceso:

- a) Requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación.
- b) Comprenda la investigación de numerosos delitos.
- c) Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados.
- d) Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas.
- e) Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos.
- f) Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país.
- g) Deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

Son dos las consecuencias de la declaración de complejidad de la investigación penal: **i)** el plazo máximo de la investigación es de 8 meses (prorrogables por otro período igual), **ii)** la duplicidad automática del plazo máximo de prisión preventiva hasta 18 meses. Dadas las importantes consecuencias antes descritas surge el problema acerca de quién debe ser el legitimado para declarar la complejidad de la investigación penal, es decir, determinar si constituye una atribución del Fiscal como director de la investigación o si, por el contrario, constituye un acto jurisdiccional de competencia del Juez.

20 Con coherencia se sostiene que en la etapa intermedia puede *Excluirse* el medio de prueba ofrecido (solo cuando es prueba prohibida), mientras que en el Juzgamiento *no puede valorarse* el medio de prueba prohibido (vulneración de derechos fundamentales).



Una primera aproximación a este problema define la competencia en el Fiscal director de la investigación penal. Esta posición encuentra fundamento en la consideración de que: *“...la disposición fiscal de complejidad de la investigación, por ser un acto inherente a las atribuciones del Ministerio Público como director de la investigación, pudiendo de ser el caso ser objeto de revisión por la parte afectada, mediante la presentación de una solicitud de tutela dirigida al Juez de Investigación Preparatoria a efectos de permitir su intervención como contralor del principio de legalidad, para verificar si efectivamente el caso se encuadra dentro de las hipótesis del artículo 342.3 del CPP. En resumen, la intervención del Juez en la fijación del plazo de investigación por el Fiscal queda supeditada a la concreta solicitud de la parte que cuestione un plazo irrazonable o ilegal como lo permite el artículo 343.2 del CPP: de otro lado, también el Juez estará facultado a intervenir ex ante solo ante el requerimiento fiscal de prórroga del plazo del proceso complejo como lo exige el artículo 342.2 del CPP...”*. Sin embargo, de seguir esta postura se verían seriamente afectados el derecho a la doble instancia y el derecho de defensa; así por ejemplo: si en una investigación con preso preventivo (con expectativa de que al cumplir 9 meses recobrará la libertad), antes del vencimiento de los 180 días (ordinario más prórroga), se le notifica la Disposición del Fiscal quien de mutuo propio ha dispuesto la complejidad de la investigación penal (8 meses), con la consecuente duplicidad automática del plazo máximo de prisión (18 meses). En este supuesto, la defensa no contaría con recurso alguno para impugnar directamente el efecto de dicha disposición –nuevo plazo de prisión preventiva–, debiendo forzar el mecanismo de la Tutela de derechos contra la Disposición de *complejidad*, mas no contra la duplicidad de la prisión toda vez que solo se trata de un efecto automático de aquella. Es decir, la decisión no sería apelable puesto que no se encuentra contenida en un acto jurisdiccional (auto), sino en una disposición fiscal; y como es obvio, no solo se vulnera la doble instancia sino también su derecho de defensa. Esta interpretación pasa por alto una “prolongación disfrazada” de la prisión preventiva que elude, sin justificación legal, el control judicial exigible para toda prolongación de prisión (artículo 274 NCPP), pues si la defensa no solicitase la tutela, que funciona solo a pedido de parte, tal control no sería posible.

Por el contrario, la posición asumida en este trabajo parte del reconocimiento de que toda imposición de una medida que afecta gravemente el más importante de los derechos fundamentales, después de la vida, constituye un acto jurisdiccional, y que, por tanto, debe ser acordada



por el Juez, medida que comprende, además, la definición de su límite temporal conforme al principio de proporcionalidad. En ese sentido no existe fundamento para una interpretación restrictiva de este derecho más aún cuando el NCPP prevé la apelación contra los autos que –previo debate– acuerdan la *prisión preventiva* (artículo 278), *deniegan la cesación* (artículo 283), y que disponen la *prolongación de la prisión* (artículo 274.3). Tampoco, como ya se ha expuesto, la Tutela de derechos constituye la vía idónea para enervar tal decisión, pues este mecanismo se dirigiría contra la Disposición que declara la “complejidad”, y en la que el Juez deberá pronunciarse en uno de los siguientes sentidos: a) subsanar una omisión; b) dictar una medida de corrección; o, c) dictar una medida de protección. Pero si existe un acto que afecta un derecho fundamental, éste debe ser declarado nulo, pero que de modo alguno supone una medida de subsanación, corrección o de protección, en cuyo caso la tutela de derechos constituiría una vía inidónea a tal efecto²¹.

Una interpretación sistemática, coherente con el principio de proporcionalidad (artículo 253 NCPP), obliga a establecer que la declaración de complejidad y de duplicidad del plazo de prisión (artículo 272.2 NCPP) debe realizarse previo requerimiento fiscal (artículo 254.1 y 274.1), sin que ello signifique una intromisión en sus facultades como director de la investigación. A tal efecto deben discutirse, en audiencia, las circunstancias que hagan necesaria su declaración (artículo 342.3 NCPP)²². Si el Juez, mediante auto debidamente motivado (artículo 254.2), declara la complejidad de la investigación, automáticamente se duplicaría el plazo de la prisión preventiva. Dicha decisión puede ser apelada y revisada por la Sala Penal. Esta propuesta hace posible la doble instan-

- 21 Conviene hacer mención que el Decreto Legislativo N° 638 (Código procesal penal 1991) prevé el recurso de apelación contra el auto de prolongación de la detención: “...*Contra este auto procede el recuso de apelación, que resolverá la sala, previo dictamen del Fiscal superior dentro del plazo de setenta y dos horas...*”.
- 22 En Chile, por ejemplo, una vez formalizada la investigación, el juez abre debate sobre las demás peticiones que los intervinientes deseen efectuar entre ellas el plazo judicial para el cierre de la investigación. Así HORVITZ LENNON sostiene respecto al artículo 234 del Código Procesal Penal Chileno que: “La posibilidad de solicitar al juez que fije un plazo inferior al legal para el cierre de la investigación, constituye un importante mecanismo para hacer efectivo el derecho del imputado a ser juzgado en un tiempo razonable, especialmente cuando pesan sobre él medidas cautelares gravosas para el ejercicio de sus derechos fundamentales...”. Op. cit., pág. 545.

cia y la defensa del imputado evitando decisiones unilaterales y, por tanto, cuestionables por tratarse de una medida que afecta la libertad. Debe para este efecto seguirse con el trámite previsto en el artículo 274 NCPP

3.2.2. ¿Debe ser el control de plazos a pedido de parte?

Una problemática especial en la investigación preparatoria está referida a las facultades del Juez para ejercer el control del plazo cuando la parte no lo solicita. La práctica judicial ha establecido como criterio rector, haciendo interpretación literal del artículo 343 NCPP, que el Juez solo puede ejercer dicho control cuando las partes solicitan una audiencia de control de plazo, circunstancia que le obliga a asumir una posición pasiva. Una de las consecuencias de tal interpretación es el otorgamiento de carácter privado a la etapa de investigación, tal como sucede en el proceso civil, pues mientras las partes afectadas no insten a la autoridad judicial la culminación de la investigación, el Juez no puede hacerlo. A mi entender el origen del problema se encuentra en una confusión acerca del ámbito de operatividad de los mecanismos constituidos a favor de las partes, en especial la tutela de derechos, con el poder de control que la jurisdicción supone. De esta manera la tutela de derechos quedó convertida en una suerte de “cajón de sastre” a través de la cual se atienden peticiones tan heterogéneas como nulidades, incumplimientos de requisitos de mera forma en los actos de investigación, y control de plazos, principalmente. Esta aplicación ha traído como consecuencia la ausencia de una sistematización en los casos a atender vía. Sin embargo, una de las características de la tutela de derechos estriba en que solo opera a pedido de parte; de manera que si se entiende el control de plazos –así como los demás actos urgentes– como un acto tutelable, entonces debe ser solicitada por el afectado. En ese sentido, la comunicación de la formalización de la Investigación preparatoria al Juez –a que se refiere el artículo 3 NCPP– se ha convertido en el motivo para la formación de un cuaderno “principal” que se custodia en un armario, y aún cuando se encuentran vencidos los plazos es la parte quien solicita el control, desconociendo el Juez que el imputado tiene el derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable y que dentro del mismo se resuelva su situación jurídica. De esta manera se constituyó jurisprudencialmente el control del plazo como facultad exclusiva de la parte afectada y, por tanto, excluida del ámbito del poder de control de oficio del Juez de la investigación. Esta es una errónea interpretación



del control del plazo como una facultad exclusiva de la parte afectada y no como mecanismo reglado para controlar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Aún cuando una defensa prolija pueda solicitar un control del plazo conforme a sus atribuciones previstas en el artículo 343 del NCPP, ello no lo convierte en facultad exclusiva de la parte que impida al Juez efectúe de oficio dicho control. Ello de modo alguno significa que el Juez asuma el rol del defensor del imputado, o que se adopte una posición paternalista, sino únicamente el cumplimiento de su deber de cautelar las garantías que asisten al imputado. El juez, interpretando de manera errónea el deber de imparcialidad, permanece pasivo, no obstante, asume competencia una vez comunicada la formalización de la investigación.

En mi opinión ello tampoco sucede siempre en todo ámbito privado. No podríamos imaginar que, en un partido de fútbol, el árbitro (tercero imparcial) tenga que esperar a que se le reclame para que sancione al jugador que cometió una infracción. Ello traería como consecuencia la pérdida del control del partido y la exacerbación de jugadores y espectadores. Obviamente quedan excluidos los casos de vencimiento de las diligencias preliminares en los que no existe una investigación formalizada. Es claro que, en estos casos, le asiste exclusivamente a la parte afectada el derecho de solicitar ante el Juez el control. Finalmente, de lo que se trata no es que el Juez haga el papel de defensor del imputado, sino sencillamente de reconducir el proceso a los límites establecidos por las garantías procesales asumiendo su verdadero rol de garantía.



Artículo 30. Competencia de los Juzgados de Paz Letrados
Compete a los Juzgados de Paz Letrados conocer de los procesos por faltas.

CAPÍTULO III **LA COMPETENCIA POR CONEXIÓN**

Artículo 31. Conexión procesal

Existe conexión de procesos en los siguientes casos:

1. *Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos.*
2. *Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible.*
3. *Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes.*
4. *Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad.*
5. *Cuando se trate de imputaciones recíprocas.*

Artículo 32. Competencia por conexión

En los supuestos de conexión previstos en el artículo 31, la competencia se determinará:

1. *En el numeral 1), le corresponde al Juez que conoce del delito con pena más grave. A igual gravedad, corresponde al Juez que primero recibió la comunicación prevista en el artículo 3.*
2. *En el numeral 2), la competencia se determinará subsidiariamente por la fecha de comisión del delito, por el turno en el momento de la comunicación prevista en el numeral 3) o por quien tuviera el proceso más avanzado. En caso de procesos incoados en distintos distritos judiciales, la competencia se establece por razón del territorio.*
3. *En los numerales 3) y 5), corresponde al que conoce el delito con pena más grave. A igual gravedad compete al juez penal que primero hubiera recibido la comunicación prevista en el artículo 3.*
4. *En el numeral 4) corresponderá al que conoce del delito con pena más grave.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

TÍTULO III **CONCURSO PROCESAL DE DELITOS**

Artículo 33. Trámite

1. *En caso de concurso de delitos sujetos a distintos trámites procesales, el procedimiento se seguirá de acuerdo al que corresponde al delito con pena más grave.*



2. *Los procesos por delitos de acción privada seguirán las mismas reglas, pero la acumulación sólo procederá entre ellas.*

TÍTULO IV
CUESTIONES DE COMPETENCIA
CAPÍTULO I
LA DECLINATORIA DE COMPETENCIA

Artículo 34. Declinatoria de competencia

1. *Durante la Investigación Preparatoria el imputado, el actor civil o el tercero civil podrán pedir declinatoria de competencia.*
2. *La petición procede cuando el Juez se avoca al conocimiento de un delito que no le corresponde por razón de la materia, de jerarquía o de territorio. El Juez la resolverá, de conformidad con el trámite previsto –en lo pertinente– en el artículo 8 in fine, mediante resolución fundamentada.*

Artículo 35. Oportunidad para la petición de declinatoria

La petición de declinatoria de competencia se interpondrá dentro de los diez días de formalizada la investigación.

Artículo 36. Remisión del proceso

Consentida la resolución que la declara fundada, el proceso será remitido a quien corresponda, con conocimiento de las partes.

Artículo 37. Recurso de apelación

Contra la resolución a que se refiere el artículo 34 procede apelación ante la Sala Penal Superior, que la resolverá en última instancia.

Artículo 38. Valor de los actos procesales

Los actos procesales válidamente realizados antes de la declinatoria conservan su eficacia.

CAPÍTULO II
LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

Artículo 39. Procedencia

La transferencia de competencia se dispone 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.^()*

() De conformidad con el artículo único de la Ley N° 28482, publicada el 03-04-2005, se establece la vigencia en todo el país, del artículo 39 del presente Código Procesal Penal.*

Artículo 40. Trámite

1. *La transferencia podrá solicitarla el Fiscal, el imputado, y las demás partes puntualizando los fundamentos y adjuntando la prueba. Formado el incidente se pondrá en conocimiento de los demás sujetos procesales, quienes en el término de cinco días, expondrán lo conveniente. Vencido el plazo será elevado el incidente.*
2. *La Sala resolverá en el plazo de tres días.^(*)*

() De conformidad con el artículo único de la Ley N° 28482, publicada el 03-04-2005, se establece la vigencia en todo el país, del artículo 40 del presente Código Procesal Penal.*

Artículo 41. Resolución

1. *La transferencia de competencia del Juez dentro del mismo Distrito Judicial, será resuelta por la Sala Penal Superior.*
2. *Cuando se trate del Juez de distinto Distrito Judicial, o de la Sala Penal Superior, la resolverá la Sala Penal Suprema.^(*)*

() De conformidad con el artículo único de la Ley N° 28482, publicada el 03-04-2005, se establece la vigencia en todo el país, del artículo 41 del presente Código Procesal Penal.*

CAPÍTULO III

LA CONTIENDA DE COMPETENCIA

Artículo 42. Contienda de competencia por requerimiento

1. *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. Además de la copia de la resolución, adjuntará los elementos de juicio pertinentes.*
2. *El Juez requerido resolverá en el término de dos días hábiles. Si acepta, remitirá lo actuado, con conocimiento de las partes. Si declara improcedente la remisión formará el cuaderno respectivo y lo elevará en el término de tres días a la Sala Penal Superior, para que resuelva en última instancia dentro del quinto día de recibidos los autos.*

Artículo 43. Contienda de competencia por inhibición

1. *Cuando el Juez se inhibe, de oficio o a instancia de las partes, remitirá copia de las piezas pertinentes a otro Juez si hubiera detenido; en caso contrario remitirá el proceso.*
2. *Si el segundo Juez también se inhibe elevará las copias en el plazo de un día hábil, o el principal, para que la Sala Penal Superior resuelva.*



Artículo 44. Consulta del Juez

1. Cuando el Juez tome conocimiento que su superior jerárquico conoce el mismo hecho punible o uno conexo consultará mediante oficio si debe remitir lo actuado.
2. Cuando el superior tenga conocimiento de que ante un Juez inferior en grado se sigue un proceso que le corresponde, ya sea por razón del delito o por delitos conexos, pedirá de oficio o a petición de las partes la remisión de los actuados.
3. Las personas que no tienen la condición exigida por el artículo 99 de la Constitución, a quienes se les imputa haber intervenido en los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por los Altos Funcionarios Públicos, serán procesados ante la Corte Suprema de Justicia conjuntamente con aquellos.
4. La misma disposición se aplicará a los casos que deben ser de conocimiento de la Corte Superior de Justicia.

Artículo 45. Inhibición del Juez

1. Cuando el Juzgado Penal que ha recibido la acusación conoce que otro de igual jerarquía tiene otro proceso para audiencia sobre el mismo caso, podrá solicitarle se inhiba, para lo cual le enviará copia de las piezas pertinentes. Si el Juzgado Penal requerido acepta expedirá resolución y remitirá lo actuado, con conocimiento de la Sala Penal Superior y de las partes. Si por el contrario, afirma su competencia, elevará el cuaderno respectivo a la Sala Penal Superior.
2. La Sala resolverá, en última instancia, dentro del quinto día de recibidos los autos, previa audiencia con la intervención de las partes.
3. La contienda de competencia entre Salas Penales Superiores será resuelta por la Sala Penal Suprema.

**CAPÍTULO IV
LA ACUMULACIÓN**

Artículo 46. Acumulación de procesos independientes

Cuando en los casos de conexión hubiera procesos independientes, la acumulación tendrá lugar observando las reglas de la competencia.

Artículo 47. Acumulación obligatoria y facultativa

1. La acumulación es obligatoria en el supuesto del numeral 2) del artículo 31.
2. En los demás casos será facultativa, siempre que los procesos se encuentren en el mismo estado e instancia, y no ocasionen grave retardo en la administración de justicia.



Artículo 48. Acumulación de oficio o a pedido de parte

1. *La acumulación puede ser decidida de oficio o a pedido de las partes, o como consecuencia de una contienda de competencia que conduzca hacia ella.*
2. *Contra la resolución que ordena la acumulación durante la Investigación Preparatoria procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior, que resolverá en el término de cinco días hábiles.*

Artículo 49. Acumulación para el juzgamiento

La acumulación para el Juzgamiento puede ser ordenada de oficio o a petición de las partes. Contra esa resolución procede recurso de apelación. La resolución de la Sala Penal Superior que absuelve el grado, se expedirá en el término de cinco días hábiles. Contra esta resolución no procede recurso alguno.

Artículo 50. Improcedencia de la acumulación

La acumulación es improcedente, cuando uno de los procesos es por acción pública y el otro por acción privada; o, cuando uno de ellos se tramita en la jurisdicción ordinaria y el otro en la militar.

Artículo 51. Separación de procesos acumulados e imputaciones conexas

Excepcionalmente, para simplificar el procedimiento y decidir con prontitud, siempre que existan elementos suficientes para conocer con independencia, es procedente la separación de procesos acumulados o de imputaciones o delitos conexos que requieran de diligencias especiales o plazos más dilatados para su sustanciación, salvo que se considere que la unidad es necesaria para acreditar los hechos. A estos efectos se dispondrá la formación de cuadernos separados.

Artículo 52. Resolución y diligencias urgentes

Mientras estuviera pendiente la decisión sobre cuestiones de competencia, está permitido resolver sobre la libertad o privación de la libertad del imputado, así como actuar diligencias de carácter urgente e irrealizables ulteriormente o que no permitan ninguna prórroga. La Sala Penal dará prioridad a los incidentes de acumulación en el señalamiento de vista de la causa.

**CAPÍTULO V
LA INHIBICIÓN Y RECUSACIÓN**

Artículo 53. Inhibición

1. *Los Jueces se inhibirán por las siguientes causales:*
 - a) *Cuando directa o indirectamente tuviesen interés en el proceso o lo tuviere su cónyuge, sus parientes dentro del cuarto grado de con-*



sanguinidad o segundo de afinidad, o sus parientes por adopción o relación de convivencia con alguno de los demás sujetos procesales. En el caso del cónyuge y del parentesco que de ese vínculo se deriven, subsistirá esta causal incluso luego de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio. De igual manera se tratará, en lo pertinente, cuando se produce una ruptura definitiva del vínculo convivencial.

- b) Cuando tenga amistad notoria, enemistad manifiesta o un vínculo de compadrazgo con el imputado, la víctima, o contra sus representantes.*
 - c) Cuando fueren acreedores o deudores del imputado, víctima o tercero civil.*
 - d) Cuando hubieren intervenido anteriormente como Juez o Fiscal en el proceso, o como perito, testigo o abogado de alguna de las partes o de la víctima.*
 - e) Cuando exista cualquier otra causa, fundada en motivos graves, que afecte su imparcialidad.*
- 2. La inhibición se hará constar por escrito, con expresa indicación de la causal invocada. Se presentará a la Sala Penal Superior en el caso del Juez de la Investigación Preparatoria y del Juez Penal, con conocimiento de las partes, y elevando copia certificada de los actuados. La Sala decidirá inmediatamente, previo traslado a las partes por el plazo común de tres días.*

Artículo 54. Requisitos de la recusación

- 1. Si el Juez no se inhibe, puede ser recusado por las partes. La recusación se formulará por escrito, bajo sanción de inadmisibilidad, siempre que la recusación se sustente en alguna de las causales señaladas en el artículo 53, esté explicada con toda claridad la causal que invoca y se adjunten, si los tuviera, los elementos de convicción pertinentes. También será inadmisibile y se rechazará de plano por el propio Juez de la causa, la recusación que se interponga fuera del plazo legal.*
- 2. La recusación será interpuesta 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, la cual se resolverá antes de iniciarse la audiencia. No obstante ello, si con posterioridad al inicio de la audiencia el Juez advierte –por sí o por intermedio de las partes– un hecho constitutivo de causal de inhibición deberá declararse de oficio.*

3. *Cuando se trate del procedimiento recursal, la recusación será interpuesta dentro del tercer día hábil del ingreso de la causa a esa instancia.*
4. *Todas las causales de recusación deben ser alegadas al mismo tiempo.*

Artículo 55. Reemplazo del inhibido o recusado

1. *Producida la inhibición o recusación, el inhibido o recusado será reemplazado de acuerdo a Ley, con conocimiento de las partes.*
2. *Si las partes no están conformes con la inhibición o aceptación de la recusación, podrán interponer apelación ante el Magistrado de quien se trate, a fin de que el superior inmediato decida el incidente dentro del tercer día.*

Contra lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional no procede ningún recurso.

Artículo 56. Trámite cuando el Juez no conviene en la recusación

Si el Juez recusado rechaza de plano la recusación o no conviene con ésta, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Sala dictará la resolución que corresponda siguiendo el trámite previsto en el artículo anterior.

Artículo 57. Trámites especiales

1. *Cuando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados, se seguirá el mismo procedimiento previsto en los artículos anteriores, pero corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. Contra lo decidido no procede ningún recurso.*
2. *Si la recusación es contra todos los integrantes del órgano judicial colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Ley.*

Artículo 58. Inhibición y recusación de secretarios y auxiliares jurisdiccionales

Las mismas reglas regirán respecto a los Secretarios y a quienes cumplan una función de auxilio judicial en el procedimiento. El órgano judicial ante el cual actúan, decidirá inmediatamente reemplazándolo durante ese trámite por el llamado por Ley.

Artículo 59. Actuaciones impostergables

Mientras esté pendiente de resolver la inhibición o recusación, el Juez podrá realizar todas aquellas diligencias previstas en el artículo 52.



SECCIÓN IV
EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS DEMÁS SUJETOS PROCESALES

COMENTARIO:

LAS PARTES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

MANUEL BERMÚDEZ TAPIA*

Toda vez que el proceso penal requiere de la participación de un conjunto de actores, para la determinación de una verdad material respecto del análisis de los hechos y para la categorización de una responsabilidad imputada, debemos hacer una mención a las partes que la componen.

• **EL JUEZ**

Es el funcionario representante del Poder Judicial, encargado de *impartir justicia* bajo delegación de facultades del pueblo (artículo 138 de la Constitución Política), sobre la base de sus competencias funcionales en función a su especialidad, que en este caso es la penal.

El juez ejerce sus funciones y competencias sobre la base de los siguientes principios:

- a) Ejerce una función de carácter exclusivo, por cuanto solo su representación es la única calificada con el principio de legalidad para imponer una determinada sanción.
- b) Se ejerce funciones sobre la base de los principios de autonomía e independencia, tanto respecto de los demás integrantes del Poder Judicial, como respecto de terceras personas, por cuanto es un *tercero imparcial*, que determinará vía evaluación los niveles de responsabilidad penal imputados a un procesado, bajo las reglas del debido proceso.

Las reglas del nuevo sistema procesal penal, nos permiten señalar la exclusividad y limitación de sus competencias, por cuanto el juez penal tendrá la dedicación exclusiva al *juzgamiento* del proceso, dejándose en exclusividad la competencia de la investigación al Ministerio Público.

* Abogado. Magíster en Derecho. Docente de Posgrado en las Universidades Pedro Ruiz Gallo, Universidad Nacional de Trujillo, Antenor Orrego, San Antonio Abad del Cusco, Hermilio Valdizán, San Cristóbal de Huamanga y Academia de la Magistratura.



El Nuevo Código Procesal Penal, sin embargo, permite desarrollar diferentes categorías en este ámbito, los cuales son:

1. El juez de la investigación preparatoria

Ejerce funciones más tutelares que jurisdiccionales, por cuanto debe:

- a) Velar por los derechos de los imputados durante las diligencias preliminares.
- b) Velar por los derechos de los imputados durante la etapa de la investigación preparatoria.
- c) Puede autorizar la constitución de las partes.
- d) Controla el cumplimiento de los plazos procesales regulados según Nuevo Código Procesal Penal.

2. Los juzgados penales unipersonales y colegiados

Bajo la regulación del Nuevo Código Procesal Penal, estos juzgados se limitan a actuar en la etapa de juzgamiento en los procesos predeterminados por Ley.

Complementariamente resuelven incidentes que se promuevan en el juzgamiento.

3. Los juzgados penales colegiados

Son las dependencias judiciales que juzgan y sentencian en los procesos penales que se siguen contra delitos cuya pena mínima es mayor de seis años de pena privativa de libertad.

4. Los juzgados penales unipersonales

Por criterios de funcionabilidad del sistema jurisdiccional, estos juzgados se desarrollan en un ámbito exclusivo al juzgar y sentenciar en procesos en los cuales se evalúen la acusación de delitos que no son conocidos por los juzgados penales colegiados.

Siguen un orden jerárquico de segunda instancia, por cuanto estos juzgados se ocupan del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias expedidas por el juez de paz letrado, y del recurso de queja en los casos previstos por ley.

5. Las salas penales superiores

Son los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, encargados de conocer –en los casos previstos por la ley– el recurso de apelación con-



tra los autos y sentencias expedidos por los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales, colegiados y unipersonales.

Complementariamente, el Nuevo Código Procesal Penal le permite a las Salas Superiores, dictar a solicitud del fiscal superior, medidas limitativas de derechos.

6. La Sala Penal de la Corte Suprema

Respecto del ámbito procesal penal ordinario y común, con expresa exclusión de los procesos y procedimientos de Acusación Constitucional, estos juzgados conocen los recursos de casación interpuestos contra sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las salas penales superiores, en los casos previstos por la ley.

• EL FISCAL

El fiscal es el representante del Ministerio Público en el proceso penal, el cual tiene un rango constitucional de órgano Constitucional Autónomo, equivalente a otras entidades como el Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura.

Por la vinculación al proceso penal, el Ministerio Público en conjunción con el Poder Judicial desarrollan el Sistema de Impartición de Justicia, delimitándose a una competencia exclusiva: la persecución del delito.

• LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Su vinculación con el Proceso Penal implementado por el Nuevo Código Procesal Penal, radica en su vinculación con la preservación del orden interno y la tutela de la seguridad ciudadana.

Es una entidad ajena al ámbito de las competencias del Sistema de Impartición de Justicia, por cuanto está adscrita al Ministerio del Interior, el cual pertenece al Poder Ejecutivo, pero presta servicios de colaboración, asistencia y apoyo a los entes jurisdiccionales y fiscales que lo requieran.

Entre estos ámbitos de colaboración, figura lo más importante para este análisis: el desarrollo de la investigación del delito bajo la dirección del Ministerio Público.

• EL ABOGADO DEFENSOR

Siendo un derecho fundamental de todo justiciable acceder a la defensa de un abogado, la importancia de este es la de garantizar un juzgamiento



sobre la base de los principios constitucionales del debido proceso, tutela judicial efectiva y acceso a la defensa.

Dependiendo de las circunstancias, todo denunciado, procesado e inclusive todo condenado puede acceder a dos niveles de defensa:

- a) La defensa privada, a cargo del abogado que estime conveniente.
- b) La defensa pública, la cual es ejecutada por el *abogado de oficio*.

• LA VÍCTIMA

Toda vez que usualmente las investigaciones sobre el proceso penal hacen extenso análisis de los anteriores partícipes, en esta oportunidad, ampliaremos este punto.

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del desarrollo del concepto “víctima” en el propio Estado, se observa el carácter de la evolución conceptual y social de esta figura.

Desde la época medieval donde no existe patrón alguno que defina lo que es ser “víctima”, hasta el análisis en la modernidad de dicho concepto, hasta en la actualidad, la particularidad es que en realidad este concepto ha sido definido solo a nivel del ciudadano que forma parte de la sociedad, y no involucra al mismo Estado como parte de dicha sociedad.

En este sentido, ajeno el Estado de toda concepción de víctima, es que, en la actualidad, se observa y se entiende de las razones por las cuales en muchos delitos y situaciones criminales, el Estado no figura como un “afectado” al nivel de “víctima” de dichos actos punibles.

La razón de esta afirmación corresponde al análisis histórico de los hechos que van definiendo al mismo Estado, como a la misma sociedad, en el contexto de evolución jurídica del mundo occidental.

Dada la particular perspectiva de “arriba hacia abajo” del Estado frente a sus ciudadanos, producto de la evolución histórica de la monarquía, la Administración Pública en general no se consideró sujeta a una condición en la cual fuese víctima, bajo la percepción tradicional de víctima, porque sus propias características le significaban ser, en todo caso, el *victimante*.

Esta explicación resulta pertinente, a efectos prácticos, si lo vinculamos en la actualidad con la mayoría de delitos relacionados con infracciones administrativas y delitos referidos a infracción de intereses difusos,

como los delitos ambientales, delitos contra la paz, la tranquilidad, el desarrollo, etc.

Si es que no se explica las razones por las cuales el propio Estado no asume su propia condición de “víctima” en determinados delitos, particularmente aquellos en los cuales tiene también una condición equivalente a la de los ciudadanos, el diseño de políticas públicas en el ámbito criminológico y penal, resultarán ineficaces.

Por ello, en el presente trabajo, nos limitaremos a esbozar el concepto de “víctima” para así relacionarlo con la percepción estatal de cómo se entiende dicho concepto, para así posteriormente delimitar conceptualmente y éticamente, la figura de agente pasivo de un ilícito (víctima).

II. LA PERSPECTIVA PENAL EN SU INTRODUCCIÓN A LA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Entre ellas la de Hugo Grocio, preclaro e influyente penalista, sus ideas tuvieron mucha aplicación a las normas legales de aquella época. Grocio (1583-1645) aunque defendió el Estado absolutista, no se le puede descartar como modernista, porque inaugura una nueva corriente sobre el Derecho natural, *el iusnaturalismo inmanentista*.

Según su pensamiento, el hombre es sociable por naturaleza por lo que las normas de convivencia existentes son naturales e inherentes a su condición humana y, por ende, constituyen objeto de Derecho positivo. Pero su propia biografía colmada de avatares, en las que conoció la cárcel, el exilio y la actuación diplomática, hará que en *De Iure Belli* admita la guerra, ajustada a reglas que busquen finalmente la paz y la convivencia humana.

Este legado subraya la preocupación del diplomático holandés por las guerras y sus víctimas; la misma que no es únicamente suya, sino tiene antecesores en Erasmo de Róterdam, Luis Vives, Francisco de Vitoria y Bartolomé de las Casas.

Al humanismo se incorpora el renacentismo o renacimiento, como corriente de las artes plásticas, en la que las expresiones son genuinamente centradas en el hombre.

Son manifestaciones expresadas libremente y basadas en concienzudos análisis, no surgen de la nada; reciben la influencia de la tecnología y nuevos conocimientos de la época.

De este modo, Leonardo Da Vinci concibe al Hombre de Vitrubio, amalgamando ciencia y arte en sus elocuentes trazos artísticos. Es pues el inicio de la unión de lo simple (vida humana) con lo complejo (el diseño matemático y tecnológico)

En complemento, tanto el Quattrocento como el Cinquecento, como etapas de desarrollo cultural, están anclados en la cultura clásica, empero, su singularidad está marcada por su sensibilidad con lo humano y para lo humano.

De este modo, la pintura, arquitectura, escultura y otras técnicas plásticas, como la música y poesía son también humanistas, es decir, tienen al ser humano como centro de sus inspiraciones. Estas expresiones harán que se visibilice el dolor y sufrimiento humanos; y por tanto, las víctimas.

En este tránsito, la ilustración definirá el concepto y la era de la Modernidad.

III. EL DESARROLLO DE LA MODERNIDAD

La ilustración resultará de la liberación del hombre de su incapacidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. La modernidad es la posibilidad política autoreflexiva de cambiar las reglas de juego de la vida social.

La modernidad es también el conjunto de las condiciones históricas materiales que permiten pensar la emancipación conjunta de las tradiciones.

Pero, como proceso histórico, la modernidad no fue un proyecto fácil. Una nueva estrategia disciplinaria se implementará buscando nuevas relaciones de subordinación del hombre por el hombre, donde las regulaciones jurídico-políticas serán los medios utilizados.

La ilustración tiene muchos pensadores, entre los cuales podemos analizar a Cesare Bonesana Marchese di Beccaria, literato, filósofo, jurista y economista italiano.

En su obra *De los delitos y las penas*¹ escrita en 1764, parte de una posición contractualista donde defiende el orden establecido y define el delito como violaciones al contrato social.

1 BECCARIA, Cesare Marchese di. *De los delitos y las penas*. Madrid. Alianza, 1990. 1ª Edición, 5ª reimpresión. Traducción de Juan Antonio de las Casas.



Según su pensamiento, la sociedad en conjunto goza, por tanto, del derecho a defenderse, el cual se debe ejercitar con medidas proporcionales a los delitos cometidos (principio de la proporcionalidad de la pena); en un segundo principio se establecería que ningún hombre puede disponer de la vida de otro.

Asimismo, Beccaria sostiene la abolición de la pena de muerte, en base al “principio de indisponibilidad” de la vida humana (que solo pertenecería a Dios, su creador) y una contravención –en sí misma– del contrato social, que tiene como fin la protección del ciudadano y no su destrucción; y porque, además, esta ni impide los crímenes ni tiene un eficaz efecto disuasorio.

Beccaria afirma que para cualquier criminal pasar la vida en la cárcel con privación de libertad es peor que una condena a muerte, mientras que la ejecución no sirve como disuasorio para el criminal, dado que las personas tienden a olvidar y borrar completamente los recuerdos de un acto traumático y lleno de sangre.

Este ilustre pensador penalista, finalmente propugnará la aplicación del “principio de proporcionalidad de las penas” y diferenciará la prevención especial como aquella que se dirige al delincuente que ha cometido la falta, mientras que la prevención general se refiere al conjunto de la sociedad.

Sostenía también que tanto los delitos como las penas deben ajustarse al principio de legalidad.

El pensamiento de Beccaria se corresponde con una época que había superado las ideas hobbsianas y avanzaba por los modelos contractualistas propuestos por John Locke.

De allí, la simpatía que los enciclopedistas le otorgaron a su pequeña obra, que fuera comentada por François Marie Arouet (a) Voltaire. Asimismo, la importancia de la obra desde el interés de las víctimas, es que Beccaria explicitó con crudeza y realismo la victimación que resultaban de las ejecuciones penales y carcelarias de la época feudal y la del Estado absoluto.

Con la predicación del humanismo y el renacimiento, la ilustración no podía dejar de censurar las prácticas inhumanas del medioevo; más aún, cuando la fuerza humana que movilizó la Revolución Francesa fue esa masa criminalizada, que había avizorado en la Modernidad la oportunidad de dejar los suplicios y penitencias de su discriminación social;



en otras palabras: dejar de ser víctimas del señor feudal y el príncipe despótico.

La palabra *víctima* ya estaba en ciernes, sobre todo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano², pero el uso de la violencia en el control del poder político y el Estado, lo invisibilizará por mucho tiempo más.

Con la instauración del Reinado del Terror de Robespierre en la que se mató muchísima gente opositora a la causa revolucionaria y también a contrarrevolucionarios descontentos con las reformas económico-sociales, se reeditaba el suplicio penal, como una marcación de las víctimas y la manifestación del poder, olvidándose de sus principios y perdiendo su moderación³.

Finalmente, es necesario aproximarnos al pensamiento de Kant sobre las víctimas. Si tomamos su fundamentación de que el castigo se justifica por el hecho de que un individuo merece ser castigado, y merece serlo si es culpable de haber cometido el delito⁴, notamos que Kant lleva a un extremo su posición contractualista⁵.

En razón de ello debemos deducir que sus aportes resultan tan utilitaristas como las de Bentham, al callar sus reflexiones sobre el Estado y sus descontroles evidentes, abandona toda justificación empírica⁶. Así, podemos deducir que las víctimas al no tener lugar en las reflexiones de Kant están a merced del ejercicio del poder del Estado.

-
- 2 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): Artículo 7. Nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado fuera de los casos determinados por la ley y de acuerdo con las formas por ellas prescritas. Serán castigados quienes soliciten, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias. Todo ciudadano convocado o requerido en virtud de la ley debe obedecer al instante; de no hacerlo, sería culpable de resistir a la ley. Artículo 8. La ley no debe establecer más penas que las necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente. Artículo 9. Todo hombre será considerado inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga indispensable detenerlo, la ley reprimirá severamente todo rigor que no resultare necesario para asegurar su arresto.
 - 3 FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI de España, 1998, p. 40.
 - 4 KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Madrid. Alianza, 2002, Reimpresión. Edición y traducción de Roberto R. Aramayo.
 - 5 KANT, Immanuel. *Metafísica de las costumbres*. Madrid. Tecnos, 1999. 3ª edición. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho.
 - 6 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Derecho penal*. Buenos Aires. Ediar, 2000, p. 53.

Al enfatizar su teoría de la pena, con su clásico ejemplo de la isla y su alusión de ejecutar al último delincuente, no hay lugar a dudas que la pena no tiene ninguna función, menos para las víctimas. Por tanto, no es atrevida nuestra lectura de Kant al deducir un utilitarismo pragmático a favor del Estado.

Sin embargo, este aspecto resulta nimio frente a su reflexión sobre la autonomía del ser humano.

Su imperativo categórico mejora aquella situación utilitaria y lo sobrepone en la cúspide de los modelos victimales de nuestra época.

En definitiva, queda como valioso legado la interpretación que resulta de su imperativo categórico: nadie puede utilizar a la víctima en otro propósito sino aquel que convenga mejor a la propia víctima. Este será una vertiente, poco desarrollada por las ciencias humanas que se dedican a las víctimas. He aquí el modelo kantiano, que en la Modernidad tardía, halla presencia desde la ética y filosofía moral.

Por su parte, Bentham resulta más en su utilitarismo; pues, en él, la razón lleva al hombre a calcular las ventajas y desventajas⁷. Confrontadas sus ideas con las de Kant, Bentham sí admite la utilización del individuo como medio de lograr felicidad en la sociedad⁸, en la que están inmersas las víctimas.

No analiza con especificidad el tema de las víctimas. Pero, sus aportes son útiles para un contexto histórico, en las que las víctimas resultaban siendo –también– los propios delincuentes o sencillamente eran las propias víctimas objetos de criminalización, por el alto grado de discriminación existente en la época.

Pues bien, en resumen, la Modernidad desveló el dolor y sufrimiento de los suplicios y penitencias. Para entonces las víctimas, además de los que sufrían un daño directo, también eran los delincuentes de un sistema penal despótico. La modernidad inmediatamente se-cuestró a la víctima y fundamentó su rol promotor de los derechos ciudadanos.

7 BENTHAM, Jeremy. *Tratados de legislación civil y penal*. Madrid. Editora Nacional, 1981. Edición de Magdalena Rodríguez Gil.

8 ANITUA. Gabriel Ignacio. "Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración". En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona. Anthropos, 2004, p. 23.



IV. EL ESTADO MODERNO

Así el nuevo Estado, en los albores de la Modernidad, contrajo un compromiso con los débiles y desposeídos, de protegerlos frente a los posibles abusos de los poderosos. Fue un secuestro de dos caras, de un lado protectora, y de otro utilitaria, modelos que hasta hoy están vigentes.

Desde entonces tanto el Derecho penal como la Criminología se encargarán de generar cuanta doctrina sea necesaria para que esos discursos legitimadores del Estado se mantengan incólumes.

En el tránsito de la Modernidad, el iusnaturalismo racionalista hizo lo suyo, pero subsecuentemente será el positivismo quien dará madurez a este discurso. Así el positivismo despojó a la ilustración de su flanco más crítico: lo utópico, y se quedó aislando su filosofía racionalista, científica y práctica⁹.

Augusto Comte –en este sentido– sostendrá que es totalmente factible aplicar la lógica de las leyes de la naturaleza en los problemas sociales; en especial la “ley de la causalidad” como instrumento descriptivo-explicativo de todos los fenómenos. Esta ideología tuvo particular influencia en la Criminología, que con Lombroso, Garofalo y Ferri buscó el origen patológico de la delincuencia.

Pero será Garofalo quien se dedique a la atención de las víctimas desde la aplicación de las penas¹⁰; así en sus preocupaciones busca encontrar una manera de persuadir a los delincuentes a no hurtar so pena de devolver el doble o el triple del patrimonio robado¹¹; y, sobre todo no gravar más el presupuesto del Estado, y por tanto, a los contribuyentes –las víctimas¹²– poblando inútilmente las cárceles.

De este modo, Garófalo recoge el pensamiento de su época que era de clara superación de la pena como puro castigo e introduce la perspectiva de la pena como prevención de futuros delitos; y en esta línea de

9 RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Recorridos y posibles formas de penalidad*. Barcelona. Anthropos, Barcelona, 2005, p. 23.

10 GAROFALO, Rafael. *Indemnización a las víctimas del delito*. Pamplona. Analecta ediciones, 2002.

11 GAROFALO, Rafael. Ob. cit., 2002, p. 89. *Reflexiones que realiza sobre la experiencia romana en la aplicación de la Ley de las XII Tablas: “Nec manifesti furti poena dupli irrogatur”*.

12 GAROFALO, Rafael. Ob. cit., 2002, p. 94.

pensamiento, promueve una “cruzada”¹³ para la aplicación de la indemnización del daño a las víctimas del delito¹⁴.

Sin embargo, para Garófalo esta reparación e indemnización es finalmente una pena, no un medio civil, es castigo solo diferente en grado frente a los otros medios punitivos. Por tanto, su controvertida preocupación por las víctimas es utilitaria, pues busca la mejora del sistema penal más no la justicia de las víctimas.

Subrayará el grito del ofendido –la víctima– que reclama que “*la justicia es una palabra vana y que es preferible vengar uno por sí mismo las ofensas que se les hagan. De esta manera renacen los tristes sentimientos de venganza, que debiera ser apaciguados mediante la reparación pecuniaria*”.¹⁵

Por otro lado, dos lecturas críticas fluyen sobre las víctimas en la Modernidad: el pensamiento marxista y los anarquistas. La primera latente en diversas versiones en la denominada “criminología crítica” y la segunda dispersa entre los abolicionistas.

El pensamiento marxista más abocado al estudio económico-social de las relaciones entre capital y trabajo, plantea que tanto la reflexión sobre el sistema penal y las víctimas son problemas marginales pertenecientes a la superestructura, donde la ideología y la legitimación del poder no son determinantes.

Así, Marx y Engels ironizan el papel del delincuente y lo ponen al nivel de contestatarios del sistema capitalista de producción. Esta ironía, finalmente provocaría la mayor parte de conflictos sociopolíticos modernos, principalmente a raíz de esa visión “contestataria”.

Sin embargo, debe entenderse que para Engels el delito es una manifestación de la desmoralización y decadencia de la sociedad capitalista¹⁶:

*Por su parte, Marx en El Capital (t. IV), señala que “el delincuente rompe la monotonía y el aplomo cotidiano de la vida burguesa (...) provoca esa tensión y ese desasosiego (...) Impulsa con ello las fuerzas productivas”*¹⁷.

-
- 13 DORADO MONTERO, Pedro. *Estudio crítico de P. Dorado Montero a la obra de Garófalo: Indemnización a las víctimas del delito*. Pamplona: Analecta, 2002, p. 45.
- 14 DORADO MONTERO, Pedro. *Estudio crítico de P. Dorado Montero a la obra de Garófalo. Indemnización a las víctimas del delito*. Pamplona: Analecta, 2002, p. 43.
- 15 GAROFALO, Rafael. Ob. cit. 2002, pp. 94-95.
- 16 PRADO, Carolina. “Dos concepciones del castigo en torno a Marx”. En: RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos, 2004, p. 113. Cita a la obra de Federico Engels: *La situación de la clase obrera en Inglaterra*. Leipzig, 1845.
- 17 MARX, Carlos. *Teorías sobre la plusvalía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 360.

Esta ironía es deducida por Taylor, Walton y Young que niegan toda funcionalidad –en sentido del “funcionalismo”– del pensamiento marxista respecto del delito, sosteniendo que para Marx es todo lo contrario, porque en su pensamiento una sociedad sin delitos es perfectamente viable¹⁸.

En razón de ello, podríamos pensar que para el pensamiento marxista las víctimas son resultado de esa tensión que genera las condiciones humanas en el sistema capitalista de producción.

Entonces, un ámbito sería la victimación causada por ese “lumpen proletariado” que en su búsqueda de recursos de subsistencia atenta contra bienes jurídicos, entre estos inclusive la vida, o, en los casos de violencia política, las masas subversivas que inevitablemente toman el poder mediante la violencia.

Y por otro lado, tendríamos la criminalización de esas “víctimas” del sistema capitalista, que finalmente serían las personas victimizadas (institucionalizadas) y victimadas por un sistema económico que no entiende nada de humanidad, sino lucro y acopio de capital.

Esto último, por la afirmación de Marx de que es la imposición de una pena (la que) convierte al delincuente, irremediamente, en un esclavo de la justicia, una justicia de clase¹⁹.

Esta concepción marxista de las víctimas, si nuestra deducción es correcta, pone en serio entredicho el mayoritario concepto de víctima aceptado en la Modernidad; esto es, su estrecha relación con las personas que injustamente sufren daño en su integridad, vida o patrimonio.

Relativiza su aplicación a sectores marginales y no nos resulta útil para los demás numerosos casos ordinarios, inclusive para los delitos violentos y lesa humanidad, en la que precisamente es abuso del poder que victimiza.

En todo caso, la lectura marxista de la realidad de la *víctima* es deficitaria, porque solo visibiliza a los delincuentes como víctimas, lo cual expresa la poca preocupación que para Marx significaba las víctimas que sufrían daños directos. Téngase en cuenta que la visión marxista de “igualdad” a ultranza, implicaba que todos también tenía que ser víctimas en algún momento.

18 TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu, 1990. Cfr. PRADO, Carolina. Ob. cit., 2004, p. 114.

19 PRADO, Carolina. Ob. cit., 2004, p. 114.



Si nuestra crítica a Kant es válida, también deberá serlo para Marx quien pone en el plano de la utilidad de las víctimas en el cambio social mediante la violencia política. En pocas palabras, las víctimas deberán soportar su dolor, pues el cambio social lo exige así. Esta visión incongruente en la vida de Marx, se demuestra cuando el fungió de asalariado de Engels.

Por ventura, ni Marx, ni Engels y sus seguidores marxistas han logrado desarrollar una comprensión específica de las víctimas.

Empero, debo reconocer que hay avances muy significativos, como las del “realismo de izquierda” y la “criminología crítica” que han logrado introducir en las teorías criminológicas el reconocimiento de las víctimas en algunos delitos, y que el funcionalismo negaba que tuvieran víctimas.

Por ejemplo en los delitos ecológicos, entre otros, en las que se pretendía afirmar que no había víctimas.

En efecto, la criminología crítica²⁰ y el realismo de izquierda basan sus investigaciones y reflexiones en el marxismo; en el enfoque del conflicto social y el uso alternativo del derecho.

De este modo, el estudio de las víctimas solo puede entenderse desde la perspectiva del control social, donde las víctimas son objetos de control para la legitimación del sistema penal y, por ende, el Estado-forma y el sistema capitalista de producción.

A esta crítica se sumará otras desde los anarquistas. En el tema de las víctimas, los autores refunden víctima y victimante, en la que éste último –con categoría de delincuente– es una manifestación contestataria al orden social vigente.

20 Sobre criminología crítica puede consultarse a; a) BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal, introducción a la Sociología jurídico-penal*. México: Siglo XXI, 2000. 6ª edición. b) FERRAJOLI, Luigi y ZOLO, Danilo. “Marxismo y cuestión criminal”. En: *Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales. N° 4-5, año 3; Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires 1995. c) LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI, 2000. 3ª edición. d) PAVARINI, Máximo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México: Siglo XXI, 1999. e) RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984. Traducción de E. García Méndez. TAYLOR, Ian, WALTON, Paul. YOUNG, Jock. *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.

Para Bakunin, el Estado es una “máquina militar de guerra perenne contra las clases explotadas y oprimidas”²¹.

Expresión que se entiende mejor si agregamos a otras de sus frases conocidas: “¿Queréis hacer imposible que nadie oprima a su semejante? Entonces aseguráros de que nadie posea el poder”.

En estas expresiones, las víctimas solo tienen dos opciones: o bien ser víctimas de ese Estado gendarme y perpetrador de violentas represiones; o, resultar –románticamente– víctimas colaterales de los marginales, en el contexto de esa tensión social.

De este modo, el anarquismo segrega a las víctimas dejándoles en el desamparo y sin titularidad de ningún derecho.

La teoría del delito o las críticas al Sistema penal, que desde el Derecho penal ha sido desarrollado por los “abolicionistas”²², tampoco dan lugar apropiado a las víctimas, retrayéndose solo al tema del delincuente y el Sistema penal.

V. EL TRATAMIENTO DEL CONCEPTO “VÍCTIMA” EN LA VIDA PRÁCTICA DEL ESTADO

La explicación histórica que hemos hecho mención líneas arriba, desde la edad medieval hasta la modernidad, no es una narración de elementos teóricos fundamentados con la posición de algunos ilustres pensadores de cada época.

La intención de esta breve, pero condensada presentación de la evolución del concepto de “víctima”, tiene una especial connotación para nuestros intereses, por cuanto los gestores que se encuentran en la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles, requieren de una explicación práctica y sobre todo directa del uso de esta explicación para los quehaceres ordinarios que implica su función.

En este sentido, la evolución del concepto de víctima para la gestión pública, nos permite señalar los siguientes elementos:

-
- 21 BAKUNIN, Mijail Aleksandrovich. *Escritos de filosofía política*. Madrid: Alianza, 1990.
- 22 HULSAMN, Louk. *Sistema penal y seguridad ciudadana, hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel, 1984. Traducción de Juan Bustos Ramírez. Cfr, en contra: HASSEMER, Winfried. “Contra el abolicionismo: acerca del porque no se debería suprimir el derecho penal”. En: *Revista penal*. N° 11, 2003, pp. 31-40.



1. Desde la percepción de sujeto de derechos respecto del Estado

Este punto es el principal generador de las denominadas *defensas constitucionales o acciones de garantía constitucional*, como son las Acciones de Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, las cuales se interponen en contra del Estado, por ser éste el principal generador de alguna lesión, limitación o vulneración a los derechos del ciudadano.

En este sentido, basta con que exista una afectación mínima para considerarse parte afectada (víctima) del propio Estado y estas circunstancias vinculan de esta manera a toda la administración pública con la ciudadanía, y es uno de los principales causantes de la congestión procesal tanto en sede administrativa como en sede judicial.

2. Desde la perspectiva del Estado como miembro de la sociedad afectada

El Estado en el ejercicio de sus múltiples funciones y actividades, actúa también como un miembro de la sociedad al igual que los demás ciudadanos.

Eventualmente, al actuar como “uno más” en la sociedad, también está sujeto a que la propia Administración Pública, le afecte algún derecho o pretensión, y por su condición de “sujeto de derecho”, es factible que recurra a algún medio de defensa legal, tanto en la vía administrativa como en la sede judicial.

3. Desde la perspectiva del ciudadano frente a la inacción del Estado

En estas circunstancias, no existe una “lesión” o “vulneración” a algún derecho en forma inmediata; la percepción del perjuicio es el elemento catalizador de este factor, por cuanto el ciudadano observa que en la defensa de sus derechos, no cuenta con el apoyo, auxilio e intervención del Estado.

Esta situación responde principalmente a cómo el Estado maneja la Administración Pública en cualquiera de sus dependencias y particularmente para el caso nacional, el Estado no ha podido estar “presente” en la mayor parte del territorio nacional.

Ejemplos de estas situaciones se presentan en todo el país, aún en zonas urbanas; por ejemplo, véase el número de comisarías y despachos judiciales en zonas consideradas “conos” o de expansión urbana.

Esta situación es desproporcional a los conflictos sociales de toda naturaleza que se acreditan y registran en dichas zonas, principalmente elevadas por la ausencia del propio Estado.

En el ámbito rural, la situación es mucho más grave, al nivel, por ejemplo, que la ausencia del Estado se manifiesta en el propio hecho de autoridades judiciales y fiscales que no se dan abasto para hacer jurisdicción en sus propios distritos judiciales.

En este sentido, por ejemplo, podemos observar que en Cajamarca, los fiscales y jueces prácticamente han sido rebasados en autoridad frente a las Rondas Campesinas, quienes inclusive limitan las funciones de dichas autoridades en sus propias jurisdicciones.

4. Desde la perspectiva del ciudadano frente al ciudadano

En este punto se analiza la perspectiva del ciudadano frente al acto lesivo generado por otro ciudadano o por un colectivo.

En este sentido, si bien el ciudadano tiene la facultad de recurrir a plantear el auxilio o intervención del Estado a través de cualquiera de sus dependencias administrativas (policiales, fiscales, judiciales, administrativas), este recurso en realidad provoca una situación en la cual la lesión original de sus derechos provoca una lesión, al nivel de provocar un *proceso de victimización secundaria*.

Estos procesos de victimización son además de graves, los más constantes en nuestra realidad, principalmente, porque es el Estado quien permite la ampliación de las afectaciones a los derechos de los ciudadanos.

Esta situación permisiva, es provocada principalmente, porque el Estado ha sido abrumado en niveles de responsabilidad respecto de sus obligaciones ordinarias y por la ausencia de una política integral que atienda de raíz los principales problemas que afectan a la sociedad.

El planteamiento de políticas sectorizadas, sin una clara intención de actuar sobre el fondo del problema, en realidad, solo constituye un remedio paliativo y si no se presenta una política pública integral, se corre el riesgo de provocar un rebalse social, que inclusive puede provocar situaciones de mayor peligro para la misma legitimidad del Estado.

5. Desde la perspectiva del ciudadano frente a la sociedad en su conjunto

Toda vez que el ciudadano, en múltiples oportunidades se "siente" aislado en cuanto a la defensa de sus derechos, es que accede a la defensa de los mismos en forma independiente, generando situaciones diferenciadas, tales como:

- a) **Autocomposición de conflictos.** Es cuando actúa de manera inmediata la defensa de sus derechos ante una situación que le pudiere generar un daño.



Esta conducta, es tutelada por el mismo sistema jurídico, pero bajo un determinado parámetro que le condiciona algunas reglas, como, por ejemplo, la inmediatez, la oportunidad, la proporcionalidad, etc.

- b) **Reacción defensiva.** Es cuando el ciudadano reacciona de manera violenta en la defensa de sus derechos de manera directa, en forma desproporcional a los hechos, bajo la percepción jurídica.

En estas situaciones, si bien la reacción resulta ser hasta ilegítima o ilegal, la reacción de la "víctima" puede resultar oportuna, por cuanto se actuó conforme a las circunstancias.

El típico caso en este nivel es la *defensa propia*.

- c) **Reacción conjunta.** Es cuando el individuo forma parte de un colectivo, el cual se conforma para la defensa de determinados derechos y bajo determinadas circunstancias, principalmente, cuando la inacción del Estado es evidente.

En el ámbito nacional, esta situación es la que ha generado la creación de las Rondas Campesinas y de las Rondas Urbanas. La primera de ellas, en la década de los años 70 del siglo pasado, contra el abigeato en Ancash y Cajamarca.

La segunda de ellas, provocada por el avance del terrorismo en zonas de expansión urbana en las principales ciudades del país, como por ejemplo en Villa El Salvador, Huaycan, entre otras localidades.



TÍTULO I
EL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA NACIONAL

CAPÍTULO I
EL MINISTERIO PÚBLICO

Artículo 60. Funciones

1. *El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial.*
2. *El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.*

Artículo 61. Atribuciones y obligaciones

1. *El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, 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.*
2. *Conduce la Investigación Preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no sólo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo.*
3. *Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la Ley establece.*
4. *Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53.*

Artículo 62. Exclusión del Fiscal

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, el superior jerárquico de un Fiscal, de oficio o a instancia del afectado, podrá reemplazarlo cuando no cumple adecuadamente con sus funciones o incurre en irregularidades. También podrá hacerlo, previa las indagaciones que considere convenientes, cuando esté incurso en las causales de recusación establecidas respecto de los jueces.*
2. *El Juez está obligado a admitir la intervención del nuevo Fiscal designado por el superior.*



Artículo 63. Actividad y distribución de funciones

1. *El ámbito de la actividad del Ministerio Público, en lo no previsto por este Código, será el señalado por su Ley Orgánica.*
2. *Corresponde al Fiscal de la Nación, de conformidad con la Ley, establecer la distribución de funciones de los miembros del Ministerio Público.*

Artículo 64. Disposiciones y requerimientos

1. *El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores.*
2. *Procederá oralmente en la audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos.*

Artículo 65. La investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal

1. *El Ministerio Público, en la investigación del delito destinada a ejercitar la acción penal, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión. Con la finalidad de garantizar la mayor eficacia en la lucha contra el delito, el Ministerio Público y la Policía Nacional deben cooperar y actuar de forma conjunta y coordinada, debiendo diseñar protocolos de actuación, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 69 y 333.*
2. *El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.*
3. *Cuando el fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del fiscal.*
4. *El fiscal decide la estrategia de investigación adecuada al caso. Programa y coordina con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. La Policía Nacional brinda sus recomendaciones a tal efecto. Garantiza el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.*



5. *El Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú, en la investigación del delito, observan en todo momento el principio de legalidad, pudiendo establecer programas de capacitación conjunta que permitan elevar la calidad de sus servicios.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

Artículo 66. Poder coercitivo

1. *En caso de incomparecencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional.*
2. *Realizada la diligencia cuya frustración motivó la medida, o en todo caso, antes de que transcurran veinticuatro horas de ejecutada la orden de fuerza, el Fiscal dispondrá su levantamiento, bajo responsabilidad.*

CAPÍTULO II LA POLICÍA

CONCORDANCIA: R.M. N° 1452-2006-IN, Cap V (Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función Policial)

Artículo 67. Función de investigación de la Policía

1. *La Policía Nacional en cumplimiento de sus funciones debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetas a ejercicio privado de la acción penal.*
2. *Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

Artículo 68. Atribuciones de la Policía

1. *La Policía Nacional en función de investigación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior y en las normas sobre investigación, bajo la conducción del Fiscal, podrá realizar lo siguiente:*
 - a) *Recibir las denuncias escritas o sentar el acta de las verbales, así como tomar declaraciones a los denunciantes.*



- b) *Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.*
- c) *Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito.*
- d) *Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación.*
- e) *Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.*
- f) *Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.*
- g) *Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.*
- h) *Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos.*
- i) *Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación. En este caso, de ser posible en función a su cantidad, los pondrá rápidamente a disposición del Fiscal para los fines consiguientes quien los remitirá para su examen al Juez de la Investigación Preparatoria. De no ser posible, dará cuenta de dicha documentación describiéndola concisamente. El Juez de la Investigación Preparatoria, decidirá inmediatamente o, si lo considera conveniente, antes de hacerlo, se constituirá al lugar donde se encuentran los documentos inmovilizados para apreciarlos directamente. Si el Juez estima legítima la inmovilización, la aprobará judicialmente y dispondrá su conversión en incautación, poniéndolas a disposición del Ministerio Público. De igual manera se procederá respecto de los libros, comprobantes y documentos contables administrativos.*
- j) *Allanar locales de uso público o abiertos al público.*
- k) *Efectuar, bajo inventario, los secuestros e incautaciones necesarios en los casos de delitos flagrantes o de peligro inminente de su perpetración.*
- l) *Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su Abogado Defensor. Si éste no se hallare presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos.*
- m) *Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del Fiscal, y*
- n) *Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.*



2. *De todas las diligencias específicas en este artículo, la Policía sentará actas detalladas las que entregará al Fiscal. Respetará las formalidades previstas para la investigación. El Fiscal durante la Investigación Preparatoria puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.*
3. *El imputado y su defensor podrán tomar conocimiento de las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las investigaciones realizadas. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 324 del presente Código. 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.*

Artículo 69. Instrucciones del Fiscal de la Nación

Sin perjuicio de las directivas específicas que el Fiscal correspondiente imparte en cada caso a la Policía, el Fiscal de la Nación regulará mediante Instrucciones Generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así como los mecanismos de coordinación que deberán realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este Código.

Artículo 70. Prohibición de informar

La Policía podrá informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los imputados. Cuando se trate de la víctima, testigos, o de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible requerirá la previa autorización del Fiscal.

COMENTARIO:

INTERVENCIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO

VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA*

Los primeros cuerpos de Policía que se conocieron en el Perú fueron los serenos y vigilantes, hasta el 14 de abril de 1852, en que se reorganizaron y se creó la Gendarmería integrada por oficiales de reserva y elementos de tropa del ejército. En 1861, la gendarmería se dividió en dos batallones:

* Magíster en Derecho, con mención en Ciencias Penales. Ex fiscal superior en lo Penal de Lima.



i) batallón de Gendarmería Nro. 1 infantería y ii) batallón de Gendarmería Nro. 2. Caballería.

En el siglo pasado, el 07 de agosto de 1919, durante el gobierno de don Augusto B. Leguía en base al batallón de gendarmería Nro. 1 se creó la Guardia Republicana del Perú, su misión era la seguridad de las fronteras, de los penales y de los edificios públicos. Durante el mismo gobierno, el 03 de julio de 1922, en base al batallón de gendarmería Nro. 2 se creó la Benemérita Guardia Civil del Perú, su misión era la prevención y el resguardo del orden público. El 15 de septiembre de 1948 se creó el Cuerpo de Investigaciones, policía civil, conocida posteriormente como Policía de Investigaciones del Perú, su misión era investigar los delitos y las faltas, luego en nuestro país existieron tres cuerpos de policía con misiones y funciones diferentes, hasta 1989.

En cuanto a la Policía y su relación con la investigación del delito, en 1940, el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 59, se refiere a la policía judicial señalando que tiene la función de auxiliar a la administración de justicia investigando los delitos y las faltas y descubriendo a los responsables para ponerlos a disposición de los jueces; se establecía además que instruirán un atestado, esta facultad se ejerció por poco tiempo. El artículo 64 establece que los Jueces y los miembros del Ministerio Público podrán ordenar a los funcionarios de la policía judicial que practiquen las citaciones y detenciones necesarias para la comparecencia de los procesados, testigos y peritos; esta facultad la ejercen hasta la actualidad.

Como observamos, en funciones de investigación del delito solo puede intervenir un cuerpo de policía, que se denomina policía judicial, o policía técnica, o cuerpo técnico de investigaciones. Luego, la investigación del delito no es función de la institución policial en su conjunto, la cual tiene otras muchas funciones y atribuciones previstas en la Constitución y en su ley orgánica. Además debemos tener en cuenta que la policía en el Perú se ha formado en base a oficiales de reserva y elementos de tropa del ejército, siempre ha tenido una formación militarizada, que se reforzó con la reforma hecha por el gobierno de Juan Velasco Alvarado, al reconocerles a los policías grados equivalentes a los miembros de las FF.AA.

La Constitución política de 1979, en su artículo 277, reguló la función de las fuerzas policiales al señalar que les corresponde mantener el orden interno, preservar y conservar el orden público, prevenir y combatir la delincuencia, como consecuencia de ello durante el gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde se hizo la adecuación de las normas a la Constitución y se dictaron vía decretos legislativos las leyes orgánicas de las fuerzas policiales.

Por otro lado, en los artículos 250 y 251 de la Constitución, se reguló la existencia del Ministerio Público, estableciendo que es un organismo autónomo y jerárquicamente organizado, que le corresponde, entre otras funciones «vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial...».

Creo que esta norma determinó que la policía en general considere que su función es la investigación del delito y a partir de entonces reclama intervenir en esta actividad en forma autónoma y exclusiva, inclusive con la atribución de calificar jurídicamente el resultado de la investigación y decidir la suerte de la misma.

La Policía no ha tomado en cuenta que desde entonces en la Constitución política se establece que el Ministerio Público es el órgano encargado de la persecución del delito, razón por la cual, el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal y de la carga de la prueba y, como consecuencia de ello, interviene desde el inicio de la investigación supervigilando la actividad policial, es decir, ejerciendo un control jurídico del desarrollo de la investigación.

Al finalizar la década del 80, durante el gobierno de Alan García Pérez, siguiendo una tendencia moderna se procedió a la unificación de las FEPP. En un solo cuerpo: Policía Nacional del Perú, con una sola escuela con las siguientes especialidades:

- Seguridad y orden interno.
- Investigación criminal.
- Criminalística.
- Administración.
- Inteligencia.

La Constitución Política de 1993 es más enfática al señalar la función policial, el artículo 166 establece que la finalidad de la Policía es garantizar, mantener y restablecer el orden interno y si bien es cierto tiene facultades para prevenir, investigar y combatir la delincuencia, estas actividades debe realizarlas en estrecha coordinación con el Ministerio Público, organismo autónomo, que conforme al 159 conduce desde su inicio la investigación del delito y señala expresamente que «con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función». En consecuencia, por mandato constitucional, la Policía que interviene en la investigación del delito es un órgano auxiliar, como estuvo concebida, en el código del 40 y como está considerada en todo el mundo. Pese a ello, en la Ley Orgánica de la Policía Nacional promulgada en diciembre de 1999 no se menciona para nada al Ministerio Público. En esa ley se establece su finalidad, funciones, atribuciones, pero se ignora la existencia del Ministerio Público; esta



institución no existe para la policía; sin embargo, en miles de investigaciones sobre delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y corrupción y en muchos otros casos, ningún miembro de la policía realiza acto alguno de investigación si no está presente el Fiscal, titular del ejercicio de la acción penal. Teniendo en cuenta lo antes citado, ¿podemos sostener que la policía no trabaja bajo la dependencia funcional del fiscal en la investigación del delito?

I. LA POLICÍA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Veamos cómo funciona la policía que interviene en la investigación del delito en otros países, en Colombia, el artículo 250 de su Constitución Política¹ establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación... «3. dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley». Por su parte, el Código de Procedimiento Penal² en su artículo 114 establece que corresponde a la Fiscalía General de la Nación: «5. dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley» y el artículo 311 establece que «el Fiscal General de la Nación o sus delegados tienen a su cargo dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente o especial cumplen los organismos previstos en la ley y los restantes entes públicos a los cuales de manera transitoria el Fiscal General de la Nación les haya atribuido tales funciones».

La ley procesal colombiana, en su artículo 312, señala expresamente a los servidores públicos que ejercen funciones de policía judicial:

1. La Policía Judicial de la Policía Nacional.
2. El Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación y todos sus servidores públicos que desempeñan funciones judiciales siempre y cuando guarden relación la naturaleza de su función.
3. La Policía Judicial del departamento administrativo de seguridad.

Pero como la función de investigación del delito no es atribución exclusiva de la Policía, y en la práctica, intervienen en esta actividad otros funcionarios públicos, especifica que ejercen funciones especiales de policía judicial en asuntos de su competencia:

1. La Contraloría y la Procuraduría general de la Nación.
2. Las autoridades de tránsito.

1 Constitución Política de Colombia, 3ª edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.

2 Código de Procedimiento Penal. Editorial Doctrina y Ley, 2001.



3. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.
4. Los Alcaldes e inspectores de policía.
5. Los directores nacional y regional del Inpec, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia conforme a lo señalado en el código penitenciario y carcelario.

En Guatemala, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 de su Constitución Política³, la Policía solo puede detener en flagrancia y está obligada a poner al detenido a disposición de la autoridad judicial en un plazo que no exceda las 6 horas; en su artículo 8 establece que «... el detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente».

La Ley Orgánica del Ministerio Público⁴ en su artículo primero establece que es una institución con funciones autónomas, promueve la acción penal y dirige la investigación de los delitos de acción pública, para lo cual cuenta con el auxilio de la Policía Nacional Civil; además vela por el estricto cumplimiento de las leyes del país. Actuará con objetividad, imparcialidad y con apego al principio de legalidad. En el artículo 2 señala cuáles son sus funciones, y en el inciso 3, indica con toda precisión «dirigir a la Policía y los demás cuerpos de seguridad del Estado en la investigación de los hechos delictivos». El artículo 88 se refiere a las facultades policiales señalando que la Policía solo podrá dirigir al imputado preguntas para constatar su identidad, con las advertencias y condiciones establecidas en los artículos anteriores. Deberá asimismo, instruirlo acerca de que podrá informar al Ministerio Público o declarar ante el Juez, según el caso.

II. CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ DEC. LEG. N° 957. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA POLICÍA NACIONAL

El artículo IV del Título Preliminar, coherente con el mandato constitucional, dispone: «El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio. Está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos, constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, con esta finalidad dirige y controla los actos de investigación que realiza la Policía Nacional».

-
- 3 Constitución Política de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad, 2002.
 4. Congreso de la República de Guatemala, Decreto Número 40-94.

En cuanto a las funciones del Ministerio Público, el artículo 60 señala que «es titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular, o por noticia policial. El Fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito, con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 65, El Ministerio Público en la investigación del delito deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores y partícipes en su comisión. Para ello el Fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional, caso en que precisará su objeto, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. Asimismo, el artículo 69 establece que «sin perjuicio de las directivas específicas que el Fiscal correspondiente imparte en cada caso a la Policía, el Fiscal de la Nación regulará mediante instrucciones generales los requisitos legales y las formalidades de las actuaciones de investigación, así como los mecanismos de coordinación que deberán realizar los fiscales para el adecuado cumplimiento de las funciones previstas en este Código».

El Código Procesal Penal regula, como nunca antes se ha hecho, la función de la Policía en investigación del delito, estableciendo que debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal. Los policías que realicen funciones de investigación están obligados a apoyar al Ministerio Público para llevar a cabo la investigación preparatoria. Similar función desarrollará tratándose de delitos dependientes de instancia privada o sujetos a ejercicio privado de la acción penal (artículo 67).

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

- a) Recibir las denuncias escritas o verbales.
- b) Vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito.
- c) Practicar el registro de las personas, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito.



- d) Recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento-material que pueda servir a la investigación.
- e) Practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del delito.
- f) Recibir las declaraciones de quienes hayan presenciado la comisión de los hechos.
- g) Levantar planos, tomar fotografías, realizar grabaciones en video y demás operaciones técnicas o científicas.
- h) Capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia.
- i) Asegurar los documentos privados que puedan servir a la investigación.
- j) Allanar locales de uso público o abiertos al público.
- k) Efectuar bajo inventario los secuestros e incautaciones necesarios en caso de delito flagrante o de peligro inminente de su perpetración.
- l) Recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si este no estuviere presente, el interrogatorio se limitará a constatar su identidad.
- m) Reunir cuanta información adicional de urgencia permita la criminalística para ponerla a disposición del fiscal.
- n) Las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

Para el desarrollo de la primera etapa del proceso penal, la investigación preparatoria, que concentra lo que hoy es investigación preliminar o previa y la instrucción, hay una minuciosa regulación de las funciones de investigación de la Policía, el artículo 330 establece que el Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares con la finalidad de determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a los involucrados, para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria: En este contexto tan pronto como la Policía tenga conocimiento de la comisión de un delito lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público, y aun después de comunicada la noticia del delito, continuará las investigaciones que ha iniciado y después de la intervención del Fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas con arreglo al artículo 68. La Policía tiene ahora facultades previstas en la ley, que antes las ejecutaba sin respaldo legal, en el futuro podrá realizar lo siguiente:

1. El examen corporal del imputado (artículo 211): el Ministerio Público o la Policía Nacional con conocimiento del fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello, que no provoquen ningún perjuicio para su salud.
2. El examen corporal para prueba de alcoholemia (artículo 213): la policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado... si el resultado es positivo, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario para realizar la prueba de intoxicación en sangre.
3. La exhibición e incautación de bienes: el artículo 218 dispone que la policía no necesitará autorización del fiscal ni orden judicial, cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración.
4. Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos (artículo 234): la policía, por orden del fiscal, cuando se trata de indagaciones indispensables para el esclarecimiento de un delito, puede inspeccionar los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona natural o jurídica. Si de su revisión considera que debe incautar dicha documentación parcial o totalmente y no cuenta con la orden judicial, se limitará a asegurarla, levantando el acta.
5. La incautación (artículo 316): los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en curso de la investigación preparatoria, ya sea por la policía o por el Ministerio Público.
6. Agente Encubierto (artículo 341): el fiscal cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros de la Policía Nacional a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos.

Durante el desarrollo de la investigación preparatoria, el Fiscal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 66 tiene facultad para disponer la



conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional, en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento; esta facultad está ratificada por los artículos 129 y 291 que facultan al fiscal a citar por medio de la policía a procesados, víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, y en caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional

La Policía y sus órganos especializados en Criminalística, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control, 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 (artículo 321).

La Policía cumple una amplia gama de actividades, pero las lleva a cabo bajo la conducción del Fiscal, por eso, en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un Informe Policial que contendrá la exposición de los hechos que motivaron su intervención, la relación de las diligencias realizadas adjuntando las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas en sus laboratorios y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los implicados. Sin embargo, el Código dispone que la Policía se abstendrá de formular conclusiones y calificar específicamente el delito objeto de investigación (artículo 332).

Además, la ley prevé establecer niveles de coordinación interinstitucional, por ello, dispone que la Policía Nacional instituirá un órgano especializado encargado de coordinar las funciones de investigación de dicha institución con el Ministerio Público, de establecer los mecanismos de comunicación con los órganos de gobierno del Ministerio Público y con las fiscalías, de centralizar la información sobre la criminalidad violenta y organizada, y de aportar su experiencia en la elaboración de los programas y acciones para la adecuada persecución del delito y de desarrollar programas de protección y seguridad (artículo 333) para preservar la identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo.

En consecuencia, es falso que se pretenda excluir a la Policía de las funciones de investigación del delito, como vienen sosteniendo sectores interesados en mantener la caótica situación procesal y, cuando no interesados en mantener la situación de corrupción que se evidencia en la mal llamada etapa de investigación policial.



El análisis de las normas del Código Procesal nos permiten afirmar categóricamente que, en el nuevo modelo, la Policía interviene como órgano técnico que presta auxilio y actúa ordenadamente, bajo la dirección del Fiscal, ejerce funciones y atribuciones que nunca antes ha tenido.

¿Qué pierde la Policía? Pierde el poder de facto que detenta actualmente, el poder que nadie le ha conferido de investigar autónomamente, de controlar la investigación, de criminalizar, de calificar jurídicamente la investigación; y por que no decirlo, el sector corrupto pierde la posibilidad de negociar el resultado de las investigaciones.

Pero la institución policial gana, porque sus funciones se legitiman y no se agotan en lo ya anotado, el Código Procesal Penal le asigna otras funciones que antes no estaban reguladas por ninguna norma legal:

1. El Control de Identidad, el artículo 205 le faculta para que en el marco de sus funciones sin necesidad de orden del fiscal o del juez, requiera la identificación de cualquier persona y realice las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, cuando considere que resulta necesario para prevenir un delito u obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Si existiere fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso, la policía podrá registrarle sus vestimentas, equipaje o vehículo. Este procedimiento no podrá durar más de cuatro horas, el intervenido no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas y tendrá derecho a comunicarse con un familiar.
2. Controles Policiales Públicos para el descubrimiento y ubicación de los participantes en un delito causante de grave alarma social y para la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo, en virtud del artículo 206 –dando cuenta al Ministerio Público–, podrá establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos en la medida indispensable a esos fines con el objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de vehículos y al control superficial de los efectos personales.
3. Videovigilancia. En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía y sin conocimiento del afectado, puede ordenar: a) realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y b) utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado, así lo prevé el artículo 207.

4. Realizar Pesquisas. El artículo 208 faculta a la policía para que –dando cuenta al fiscal– pueda inspeccionar o disponer pesquisas en lugares abiertos, cosas o personas, cuando existan motivos plausibles para considerar que se encontrarán rastros del delito, o considere que, en determinado lugar, se oculta el imputado o alguna persona prófuga procede a realizar una inspección. La pesquisa tiene por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la investigación.
5. Practicar Retenciones. La policía por si –dando cuenta al Fiscal–, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa, podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar. La retención solo podrá durar cuatro horas, así lo prevé el artículo 209.
6. Registro de Personas. La policía –dando cuenta al Fiscal– cuando existan fundadas razones para considerar que una persona oculta, en su cuerpo o ámbito personal, bienes relacionados con el delito procederá a registrarla. El registro se efectuará respetando la dignidad, y dentro de los límites posibles del pudor de la persona, lo realizará una persona del mismo sexo del intervenido, el registro puede comprender no solo las vestimentas, sino también el equipaje o bultos que portare, y el vehículo utilizado, artículo 210.

III. INTERVENCIÓN EN LAS MEDIDAS DE COERCIÓN

Conforme al mandato constitucional, el artículo 259 faculta a la policía a detener sin mandato judicial a quien sorprenda en flagrante delito. Además es la encargada de ejecutar el mandato de detención preliminar judicial (artículo 261). En esos casos y además en el de arresto ciudadano, informará al detenido, el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público, también informará al juez de la investigación preparatoria tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (artículo 263). Otra de las medidas, la detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución pública o privada o de tercera persona designada para tal efecto (artículo 290).

En conclusión, la Policía, conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Penal, si interviene en la investigación del delito, pero conforme al mandato constitucional, lo hace bajo la conducción del Fiscal y con la obligación de cumplir sus mandatos.



TÍTULO II
EL IMPUTADO Y EL ABOGADO DEFENSOR

CAPÍTULO I
EL IMPUTADO

Artículo 71. Derechos del imputado

1. *El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso.*
2. *Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a:*
 - a) *Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda;*
 - b) *Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata;*
 - c) *Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor;*
 - d) *Abstenerse de declarar; y, si acepta hacerlo, a que su Abogado Defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia;*
 - e) *Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por Ley; y*
 - f) *Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.*
3. *El cumplimiento de lo prescrito en los numerales anteriores debe constar en acta, ser firmado por el imputado y la autoridad correspondiente. Si el imputado se rehúsa a firmar el acta se hará constar la abstención, y se consignará el motivo si lo expresare. Cuando la negativa se produce en las primeras diligencias de investigación, previa intervención del Fiscal se dejará constancia de tal hecho en el acta.*
4. *Cuando el imputado considere que durante las Diligencias Preliminares o en la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas disposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidas o de requerimientos ilegales, puede acudir en vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de co-*



recepción o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes.

COMENTARIO:

PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN MÍNIMA Y CONTROL DE LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

CÉSAR RUBIO AZABACHE*

I. INTRODUCCIÓN

La imputación mínima o necesaria y los medios para su protección en el nuevo sistema procesal penal constituyen uno de los tópicos poco desarrollados en la doctrina nacional. No obstante, que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve su importancia en orden a garantizar el derecho de defensa y el deber de motivación de autoapertura de instrucción¹ del Código de procedimientos penales, se aprecia un escaso

* Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo. Profesor de Derecho Penal en la Universidad César Vallejo.

1 El TC ha establecido la obligación del juez penal de motivar el auto apertura de instrucción, especificando los hechos concretos imputados así como la tipificación realizada, en relación al derecho de defensa, en la STC N° 7181-2006-PHC/TC, (FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y OTROS), *"En consecuencia, es posible afirmar que el auto de apertura de instrucción cuestionado no se adecúa, en rigor, a lo establecido por la Constitución y la ley procesal penal citada, pues la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de los hechos denunciados y del tipo penal atribuido, sino que comporta la ineludible exigencia de se lleve a cabo un juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal que se imputa, a fin de no limitar o impedir, ilegítimamente, a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa..."* (fundamento 12); en el mismo sentido, la STC 4726-2008-PHC/TC: *"Asimismo cabe precisar que la motivación del auto de apertura de instrucción debe ser analizada teniendo en cuenta la gravedad y complejidad de los delitos imputados. Además, debe tomarse en cuenta que la finalidad de dicha resolución es simplemente dar inicio al proceso penal, por lo que no puede exigirse en dicha instancia el mismo grado de exhaustividad en la descripción de los hechos que sí es exigible en una sentencia, que es el momento en el que recién se determina la responsabilidad penal del imputado, luego de haber realizado una intensa investigación y de haber actuado las pruebas presentadas por las partes"* (fundamento 12).

desarrollo a partir de la aplicación del NCPP, y que se refleja, en la práctica actual, en la precariedad de descripción de los hechos investigados en la disposición de formalización de investigación preparatoria. Ejemplos de ello se aprecia cuando: a) se imputa de manera genérica a “x” el haber matado a “y”, sin precisión de las posibles circunstancias agravantes, pero la tipificación del hecho o calificación jurídica se refiere al “delito de Homicidio calificado previsto en el artículo 108 CP. Aquí se formula una proposición carente de precisión que no guarda correspondencia con los elementos del tipo penal agravado por el que se formaliza la investigación; b) el hecho imputado consiste en que: “a” violó a “b” en 3 ocasiones durante cinco años²; c) se formaliza investigación por el delito de Contaminación ambiental en contra del Gerente general de una empresa por su “sola condición” de ser órgano de representación sin que se especifique o atribuya un hecho concreto imputable a su ámbito de competencia³; d) se formaliza investigación en contra de “a” y “b” como coautores de cualquier delito, sin precisar cómo se realizó la intervención de los imputados.

La norma procesal regula de manera expresa la facultad del Juez de controlar la imputación en el artículo 352,2 esto es, solo con el traslado de la acusación la defensa puede formular observaciones de carácter formal. Ello

- 2 Existe la creencia que la protección de la víctima de violencia sexual mayor de edad, exonera al Fiscal de recabar mayores elementos en el interrogatorio practicado a la víctima durante la investigación. Así llegan a juicio acusaciones tan genéricas que omiten circunstancias, fechas, modo de la comisión del delito, en pro de evitar una segunda victimización. Esta práctica conlleva un grave, peligro pues termina por afectar el derecho a conocer los cargos concretos que se imputan y en esas condiciones difícilmente el imputado podrá defenderse eficientemente, como es lógico, cuando no sabe exactamente de qué.
- 3 La falta de individualización del órgano competente a cuyo ámbito de competencia cabe imputar el injusto cometido en el marco de la actividad empresarial, conlleva una clara vulneración del principio de culpabilidad. En el proceso penal, las diligencias preliminares, en ese sentido, deben estar orientadas a realizar tal individualización dentro de la estructura empresarial. Sin embargo, en la práctica dicha labor difícilmente se realiza apreciándose una incorrecta aplicación del artículo 27 del Código penal. En contra de esta errónea aplicación GARCÍA CAVERO, Percy: *“Si la realización del tipo penal constituye un presupuesto para la utilización del artículo 27 del Código penal, habrá que considerar ilegítima la práctica judicial extendida en nuestro país de que cometido un delito en las actividades de una persona jurídica, inmediatamente podemos procesar o condenar a sus socios o representantes. Para procesarlos es necesario establecer evidencias de su participación en el hecho delictivo y para condenarlos demostrar que han realizado efectivamente el tipo penal correspondiente”*. El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano, ARA, Lima, p. 99.

podría conducir a afirmar que solo en dicho estadio procesal el juez de la investigación preparatoria puede realizar un control formal de la imputación al ser la única mención que realiza el Código Procesal, al no encontrarse habilitado por las reglas generales de competencia del artículo 29. De acuerdo a ello, el Juez puede incluso devolver la acusación para que el Fiscal cumpla con subsanar o aclarar su acusación, pero ¿puede el juez controlar la imputación, llámese hecho investigado, en un momento anterior a la etapa intermedia?, ¿tiene alguna funcionalidad la comunicación al juez de la formalización de la investigación preparatoria?

II. ¿POR QUÉ ES IRRENUNCIABLE LA IMPUTACIÓN EN EL PROCESO PENAL?

En primer lugar, desde la perspectiva del derecho penal liberal, podríamos decir que el hecho, de carácter verificable, contrastable en el proceso penal hace referencia a aquél acontecimiento generado por acción u omisión que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción⁴; y que tuvo lugar en el pasado. En definitiva, no se refiere a algo que puede o pudo pasar en el futuro, y menos a pensamientos o personalidades peligrosas. Dicha afirmación resulta relativa en tiempos en que el derecho penal ha evolucionado conforme a las nuevas exigencias de un mundo globalizado, los avances de la ciencia y tecnología, la aparición de nuevas formas de criminalidad, impensable en el siglo XVIII, que han llevado a la introducción de una dogmática propia de responsabilidad penal de personas jurídicas, los delitos de peligro abstracto en los que no existen víctimas ni lesión concreta, que nos conducen a sostener que los principios del derecho penal liberal tradicional o clásico se han relativizado⁵ y que, por tanto, nos ubicamos inexorablemente en la crisis del derecho penal⁶.

4 Citar concepto de acción de ROXÍN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. T. I, Civitas (Traducción de la 2ª edición por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997, p. 252.

5 Así, por ejemplo, en el debate acerca de la crisis del derecho penal, ha llevado por ejemplo a MAIER a calificar al estado actual como: "esquizofrenia del derecho penal", al tener hasta dos personalidades o formas de reacción según la cualificación del infractor, es decir, se trate de "ciudadanos" o de "enemigos". MAIER, Julio. "La esquizofrenia del Derecho Penal". En: Antología. *El proceso penal contemporáneo*. Palestra, Lima, 2008, pp. 875 y ss.

6 El Profesor SILVA SÁNCHEZ ha denominado esta situación como "expansión del derecho penal" y su relación con los gestores atípicos de la moral colectiva, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 2001, pp. 25 y ss. Pero del inflacionismo del

Muy a pesar del estado de la cuestión, el proceso penal no puede desligarse de su función de método de verificación de un hecho punible, por cuanto, precisamente, dicha categoría jurídico penal se encuentra ubicada en el centro de la construcción tanto del derecho penal como del proceso penal, y, por tanto, todas las garantías de *estricta legalidad* y de *estricta jurisdiccionalidad* giran en torno al mismo. Así, el legislador selecciona conductas o hechos que pretende prevenir, en igual sentido, el proceso penal como verificación a través del desarrollo de las garantías del juicio ha de comprobar la existencia de un hecho y las circunstancias que habilitan la imposición de la pena. Por ello, la referencia al “hecho” comprobable o verificable resulta irrenunciable, y gracias a ello aún podemos sostener la legitimidad del proceso penal.

En segundo lugar, la norma procesal en su artículo 336,2, establece que la disposición que contiene la formalización de la investigación preparatoria debe contener: a) *El nombre completo del imputado*; b) *Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación*; c) *El nombre del agraviado, si fuera posible*; y, d) *Las diligencias que de inmediato deban actuarse*.

Esta regulación expresa recoge el mandato constitucional de preservación del derecho de defensa en su vertiente del derecho de conocer los cargos formulados y que se denomina “Imputación necesaria”. La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos, para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal a la que, se pretende, conduce o, de otra manera, agregar los elementos que, combinados con los que son afirmados, guían también a evitar la consecuencia o reducirla... debe tener como presupuesto la afirmación *clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto... ello significa describir un acontecimiento –que se supone real– con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente)*.⁷

Derecho penal, poco respetuoso con los principios básicos de necesidad y de último ratio de la intervención penal, es responsable en último extremo, no los grupos de presión que lo solicitan, sino quien tiene la potestad para promover las reformas legislativas, a saber el Gobierno. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿Más derecho penal?”. En: *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de dogmática penal y política criminal*. Grijley, Lima, 2006, p. 81.

7 MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Edit. del Puerto, 2004, 2ª edición, p. 553.

III. LA POSICIÓN DEL JUEZ DE GARANTÍAS EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El NCPP ha establecido que la dirección de la investigación es facultad exclusiva del Ministerio Público reconociendo a la ley procesal autonomía en las decisiones que se encuentran en el ámbito de su competencia, es decir, que en éste ámbito se le reconoce la decisión de ¿cuándo?, ¿contra quién? ¿qué? y ¿cómo investigar? sin que sea necesaria una autorización judicial para la formalización de la investigación preparatoria. Sin embargo, dicha facultad de ninguna manera es discrecional sino que requiere de un conjunto de presupuestos que otorgan validez a la acción penal. Así, respecto a las condiciones de validez de la acción penal, el artículo 336, CPP, exige: i) la existencia de indicios reveladores de la existencia de un delito, ii) la individualización del imputado, iii) la acción penal no haya prescrito; y, iv) el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad. Eventualmente si el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o la acción penal opera la excepción de improcedencia de acción, excepción de prescripción.

Si bien resulta incuestionable la facultad del Fiscal de decidir la persecución penal, sin embargo, no aparece disposición legal, al menos taxativa, que permita al Juez realizar algún control del contenido/objeto de la formalización de oficio o a petición de parte.

Aparentemente, el NCPP hace recaer la responsabilidad de controlar el contenido de la imputación así como la validez de la acción penal en la defensa preservando así la imparcialidad del Juez penal. Sin embargo, la imparcialidad es un atributo que debe exigírsele exclusivamente al juez del juzgamiento, quien no debe tener ningún contacto con el caso antes de que inicie el juicio. No podemos decir lo mismo respecto al juez de la investigación preparatoria, quien al momento de recibir la comunicación de la formalización (artículo 3, CPP) ya tiene un primer contacto con el hecho y con el caso, por una sencilla razón: el sistema ha encargado la cautela de las garantías del imputado al Juez penal. Por ejemplo, para la imposición de prisión preventiva, debe exigir al Fiscal que acredite la concurrencia de los elementos que exige la ley procesal (*fumus boni iuris* + *periculum in mora*); para ordenar el allanamiento de los presupuestos previstos del artículo 214, y en su defecto rechazar la solicitud. La naturaleza de la función así como la importancia del rol del juez de la investigación preparatoria evidencia que su posición dentro del proceso penal no es pasiva (condicionada a la existencia de una solicitud de parte), ejemplos de ello se dan en el caso de las nulidades absolutas que no requieren ser solicitadas por la parte, la excepción de improcedencia de acción puede ser declarada fundada de oficio.

IV. ¿EXISTE POSIBILIDAD DE CONTROLAR LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA?

4.1. Posición de la Corte Suprema de Justicia de la República

Se advierten dos momentos importantes respecto a la posición de la Corte Suprema de Justicia de la República que en buena cuenta significan un cambio de la posición inicialmente asumida por el máximo tribunal.

4.1.1. Posición del Acuerdo plenario N° 4-2010, sobre Tutela de derechos

En dicho plenario, la Corte Suprema estableció que a través de la tutela de derechos no puede cuestionarse el contenido y validez de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria:

“Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar –desde la defensa– una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela solo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente”.

Luego de establecer el carácter residual de la tutela de derechos y de desarrollar los supuestos de procedencia, el máximo tribunal omite pronunciarse respecto al problema que genera una imputación vaga, imprecisa y cómo afecta al derecho de defensa. Hasta entonces no había forma de cuestionar el contenido de la imputación sino hasta la etapa intermedia a través de las observaciones de orden formal.

4.1.2. Posición del Acuerdo plenario N° 2-2012/CJ-116 (publicado el 26 de julio de 2012)

La práctica demostró que el problema de la vulneración de la imputación mínima quedaba sin resolver en la etapa de investigación preparatoria, tanto la defensa como el Juez quedaban limitados por cuanto no existe en la norma procesal un dispositivo que habilite el control del contenido de la imputación en dicha etapa.

El Acuerdo plenario N° 2-2012/CJ-116 se pronuncia respecto a esta problemática, admitiendo que es necesario garantizar el derecho a conocer el contenido de la imputación desde el inicio del proceso:

“Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: la defensa se ejerce desde el primer momento de la imputación (vid: artículo 139.14 de la Constitución), que es un hecho procesal que debe participarse a quien resulte implicado desde que, de uno u otro modo, la investigación se dirija contra él, sin que haga falta un acto procesal formal para que le reconozca viabilidad...”.

Como vemos, lo relevante de este acuerdo es el cambio de orientación y la admisibilidad de controlar la imputación durante la investigación preparatoria aunque en determinados supuestos.

Sin embargo, subsisten aspectos discutibles a partir del propio acuerdo, por ejemplo, cuando establece un requisito de admisibilidad consistente en la solicitud que la defensa debe plantear a la fiscalía antes de acudir al juez. Solo, en caso de omisión o de respuesta, el ejercicio de dicho control debe realizarse vía tutela de derechos.

“... Es evidente, a partir del modelo procesal asumido por el NCPP, que el imputado, en un primer momento, deberá acudir al propio Fiscal para solicitar las subsanaciones correspondientes en orden a la precisión de los hechos atribuidos –este derecho de modo amplio lo reconoce el artículo 71.1 NCPP–. 11. Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquél –que se erige en requisito de admisibilidad–, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no se precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal. En este caso, la función del Juez de la Investigación Preparatoria –ante el incumplimiento



notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales— sería exclusiva y limitadamente correctora —disponer la subsanación de la imputación plasmada en la DFCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes—. Bajo ningún concepto, el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación”.

4.1.3. Críticas a la posición asumida por la Corte Suprema

A partir de éste acuerdo surgen los siguientes cuestionamientos. En primer lugar, los jueces de la Sala Suprema subrogan el papel del legislador al establecer un requisito de admisibilidad para el control de la imputación aun cuando la norma procesal no lo ha especificado así. Es decir, que pese a que el juez penal advierta la existencia de una imputación vaga o imprecisa no podrá realizar ningún control, pues el imputado previamente debe solicitar su aclaración al fiscal, y si no cumple con ello, el juez penal no podrá pronunciarse sobre ello. A mi entender existe un contrasentido, pues el *derecho de conocer los cargos imputados* no es uno de carácter dispositivo, si no que por el contrario se trata de una garantía que otorga legitimidad al proceso penal. Sería impensable, por ejemplo, que se debatan diferentes audiencias (confirmación, medidas de coerción, apelaciones de autos, incorporación de tercero civil y de actor civil, etc.) sobre la base de una imputación imprecisa. En segundo lugar, habilita la vía de tutela de derechos como escenario único y exclusivo durante la investigación preparatoria para ejercer tal control. La norma procesal ha establecido que la tutela de derechos opera a petición de la parte imputada, o a través de su defensor, es decir, nunca opera de oficio. El reconducir el control de la imputación mínima o necesaria a un supuesto de procedencia de la tutela de derechos convierte al juez penal, a quien suele llamarse juez de garantía, en un juez espectador en un proceso cuasiprivado. En tercer lugar, el acuerdo no se pronuncia respecto al control de la formulación genérica de hechos investigados en diligencias preliminares. Si bien en estos supuestos no cabe exigir el nivel de rigurosidad de la formalización de la investigación preparatoria y de la acusación, sí debe satisfacer un mínimo de contenido que permita al imputado defenderse. Un ejemplo de infracción a éste deber en diligencias preliminares se da cuando la disposición de apertura de diligencias preliminares no especifica el hecho investigado y solo menciona que se tuvo a la vista la denuncia de parte.

4.2. Toma de postura

El control de la imputación necesaria o mínima en la formalización de la investigación preparatoria no puede estar condicionado a una petición de la defensa. Desde el momento en que el fiscal comunica al juez el inicio de la investigación, asume la posición de juez de garantías y debe, por tanto, velar porque el derecho de defensa, específicamente el derecho a conocer los cargos imputados, tenga plena vigencia, pues se trata de un derecho que otorga legitimidad al proceso penal. En tal sentido, queda habilitado el juez penal para realizar aún de oficio el control del contenido de la imputación desde la comunicación de la formalización de la investigación preparatoria requiriendo al fiscal la aclaración que corresponda.

La tutela de derechos solo opera a solicitud de parte, por ello, de mantener lo establecido en el acuerdo plenario 2-2012/CJ-116, puede llegarse al extremo de continuar un proceso con audiencias indeterminadas y que el juez no pueda requerir al fiscal que subsane o aclare su imputación, en tanto nadie lo solicite. De esta manera quedan limitadas –a pesar que la norma procesal no lo establezca– la función de tutelar las garantías del imputado cuando estas tienen que ver con derechos fundamentales, nos referimos al derecho de defensa.

Sin perjuicio de ello, en mi opinión, estos defectos deben ser subsanados al inicio del proceso, por tanto, el legislador debe evaluar la incorporación de una audiencia específica con dos fines: que el fiscal comunique al imputado el inicio de la investigación así como los cargos que se le imputan; y que en caso exista una descripción de hechos defectuosa, el juez disponga en el mismo acto que el fiscal proceda a subsanarla.

Debe advertirse que no se pretende una rigurosa descripción del hecho de la misma exigencia que la acusación fiscal, sin embargo, el cumplimiento de la garantía debe tomar como referente la complejidad del hecho que se investiga, esto es, que mientras más complejo sea el hecho, mayor rigurosidad se le exige a la imputación.

V. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL FISCAL DE ACLARAR O SUBSANAR LA IMPUTACIÓN

El acuerdo plenario N° 2-2012/CJ-116 establece que bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación. Sin embargo, deja sin resolver el supuesto en que el fiscal no aclara o subsana la imputación a pesar de ser requerido por



el órgano jurisdiccional, incluso puede suceder que para aquél la imputación concreta satisface la garantía de conocer los cargos imputados, aunque para el juez e imputado no sea así. Piénsese, por ejemplo, si en diligencias preliminares por el delito de violación sexual, la fiscalía con la finalidad de evitar una doble victimización solo recaba la siguiente información: “A violó a B” en varias ocasiones durante 6 meses”, omitiendo indagar sobre fechas, modos, lugares, circunstancias. La Fiscalía sustenta la formalización de la investigación preparatoria en la incriminación con esos defectos. La agraviada a pesar de ser notificada para que amplíe su declaración, no asiste. En este supuesto, la fiscalía a pesar de ser requerida por el juez para que subsane la imputación defectuosa, luego del debate que implica la audiencia de tutela de derechos, no se encontrará en condiciones de cumplir con el mandato judicial por no contar con los elementos fácticos necesarios para construir una imputación debido a un incorrecto interrogatorio. Sin embargo, tampoco puede el juez en ese supuesto ordenar el sobreseimiento anticipado del proceso. Definitivamente, la investigación preparatoria deberá continuar con esos defectos hasta su culminación y, en todo caso, el persecutor deberá pronunciarse requiriendo el sobreseimiento o formulando acusación, pues el hecho que el fiscal no cuente con una imputación clara y precisa no le impide acusar.

A pesar de no cumplir con uno de los requisitos trascendentales de la acusación: *“La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos”* (artículo 349.1.b NCPP), no resultará suficiente para el juez ordenar el sobreseimiento del proceso exigiendo, por el contrario, la norma procesal la concurrencia de otros factores establecidos en el artículo 344.2:

- El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado.
- El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.
- La acción penal se ha extinguido.
- No exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

En estos supuestos, el sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba (artículo 352.4 NCPP).

Artículo 72. Identificación del imputado

1. Desde el primer acto en que intervenga el imputado, será identificado por su nombre, datos personales, señas particulares y, cuando corresponda, por sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva.
2. Si el imputado se abstiene de proporcionar esos datos o lo hace falsamente, se le identificará por testigos o por otros medios útiles, aun contra su voluntad.
3. La duda sobre los datos obtenidos no alterará el curso de las actuaciones procesales y los errores sobre ellos podrán ser corregidos en cualquier oportunidad.

Artículo 73. Alteración del orden

1. Al procesado que altere el orden en un acto procesal, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su Abogado Defensor y demás sujetos procesales; o con su exclusión de participar en la diligencia y de continuar ésta con su Abogado Defensor y los demás sujetos procesales.
2. Si el Defensor se solidariza y abandona la diligencia será sustituido por uno nombrado de oficio.

Artículo 74. Minoría de edad

1. Cuando en el curso de una Investigación Preparatoria se establezca la minoría de edad del imputado, el Fiscal o cualquiera de las partes solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria corte la secuela del proceso y ponga al adolescente a disposición del Fiscal de Familia.
2. Si la minoría de edad se acredita en la Etapa Intermedia o en el Juicio Oral, el Juez, previa audiencia y con intervención de las partes, dictará la resolución correspondiente.
3. En todos estos casos se dejará a salvo el derecho del actor civil para que lo haga valer en la vía pertinente.

Artículo 75. Inimputabilidad del procesado

1. Cuando exista fundada razón para considerar el estado de inimputabilidad del procesado al momento de los hechos, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, según el estado de la causa, dispondrá, de oficio o a pedido de parte, la práctica de un examen por un perito especializado.
2. Recibido el informe pericial, previa audiencia, con intervención de las partes y del perito, si el Juez considera que existen indicios suficientes para estimar acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, dictará la resolución correspondiente instando la incoación del procedimiento de seguridad según lo dispuesto en el presente Código.

Artículo 76. Anomalía psíquica sobrevenida

1. *Si después de cometido el delito le sobreviene anomalía psíquica grave al imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, ordenará, de oficio o a solicitud de parte, la realización de un examen por un perito especializado. Evacuado el dictamen, se señalará día y hora para la realización de la audiencia, con citación de las partes y de los peritos.*
2. *Si del análisis de lo actuado, el órgano jurisdiccional advierte que el imputado presenta anomalía psíquica grave que le impide continuar con la causa, dispondrá la suspensión del proceso hasta que el tratamiento de la dolencia haga posible reiniciarlo. Si fuere necesario, ordenará su internamiento en un centro hospitalario especializado.*
3. *La suspensión del proceso impedirá la declaración del imputado o el juicio, según el momento que se ordene, sin perjuicio de que se prosiga con la investigación del hecho o que continúe la causa respecto a los demás coimputados.*

Artículo 77. Enfermedad del imputado

1. *Si durante la privación de libertad el imputado enfermara, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, colegiado o unipersonal, de oficio o a solicitud de parte, dispondrá su inmediata evaluación por parte del médico legista o, en su defecto, del perito médico que designe.*
2. *Evacuado el dictamen, se podrá ordenar, si fuere necesario, el ingreso del imputado a un centro hospitalario. En casos excepcionales, en que se requiera de infraestructura y atención médica especializada que no exista en un centro hospitalario estatal, se podrá autorizar su internamiento en una clínica privada.*

Artículo 78. Informe trimestral del Director del Centro Hospitalario
El Director del Centro Hospitalario en donde el procesado reciba asistencia médica o psiquiátrica, deberá informar trimestralmente al Fiscal y al Juez acerca del estado de salud del paciente, sin perjuicio de ordenarse –si así correspondiera– un examen pericial de oficio.

Artículo 79. Contumacia y Ausencia

1. *El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará contumaz al imputado cuando:*
 - a) *de lo actuado aparezca evidente que, no obstante tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales;*
 - b) *fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso;*



- c) *no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y,*
- d) *se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir.*
- 2. *El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará ausente al imputado cuando se ignora su paradero y no aparezca de autos evidencia que estuviera conociendo del proceso.*
- 3. *El auto que declara la contumacia o ausencia ordenará la conducción compulsiva del imputado y dispondrá se le nombre Defensor de oficio o al propuesto por un familiar suyo. El abogado intervendrá en todas las diligencias y podrá hacer uso de todos los medios de defensa que la Ley reconoce.*
- 4. *La declaración de contumacia o ausencia no suspende la Investigación Preparatoria ni la Etapa Intermedia respecto del contumaz o ausente. Esta declaración no altera el curso del proceso con respecto a los demás imputados.*
- 5. *Si la declaración de ausencia o contumacia se produce durante el juicio oral, el proceso debe archivarse provisionalmente respecto de aquél. En todo caso, el contumaz o ausente puede ser absuelto pero no condenado.*
- 6. *Con la presentación del contumaz o ausente, y realizadas las diligencias que requieran su intervención, cesa dicha condición, debiendo dejarse sin efecto el mandato de conducción compulsiva, así como todas las comunicaciones que se hubieran cursado con tal objeto. Este mandato no afecta la orden de detención o prisión preventiva a la que estuviera sujeto el procesado.*

COMENTARIO:

LA CONTUMACIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

LAURENCE CHUNGA HIDALGO*

Resumen:

El autor explica cómo la obligación de comparecer del imputado tiene como objetivo colaborar con la justicia. Asimismo, explica la específica

* Juez especializado del Juzgado Penal Unipersonal de Chulucanas. Abogado por la Universidad de Piura, Bachiller en Ciencias y Humanidades con mención en Historia por la misma casa de estudios. Con estudios de maestría con especialidad en Derecho penal por la Universidad Nacional de Piura.

condición de sospechoso que permite la posibilidad de imponer medidas cautelares reales o personas con el objetivo de impedir que el imputado, desde la libertad que le asegura la presunción de inocencia, genere dificultad o haga imposible la actividad probatoria. Finalmente indica la situación de contumacia explicando las condiciones para su declaración, así como los efectos de acuerdo al Nuevo Código Procesal Penal.

Palabras clave: Imputado; Presunción de inocencia; Sospechoso; NCPP; Contumacia; Proceso penal.

INTRODUCCIÓN

En su momento, los medios de comunicación se encargaron de concederles fama a distintas personas. Así, por ejemplo, Víctor Ariza Mendoza, Ronny Ramos Pérez y Susan Hoefken, tuvieron en común el hecho de que se le acusara de la comisión de hechos delictivos, que tipificaban como de traición a la patria, de homicidio calificado y denuncia calumniosa, respectivamente. Y aunque los medios de comunicación, muchas veces, no lo endilguen con claridad, la condición jurídica de los mencionados era la de “imputados”. Si bien, la doctrina jurídica atendiendo a la etapa procesal, concede nombres como presunto autor, denunciado, inculpado, acusado, encausado, procesado; el nuevo Código Procesal Penal, los reúne bajo la genérica denominación de “imputado”.

Al “imputado” se le reconoce insustituibles derechos de derivación constitucional de los que a veces poca atención ofrecemos, aun cuando la televisión y el cine, a través de alguna película o serie norteamericana de corte policial nos hayan familiarizado con la denominada “Advertencia Miranda”, que no es otra cosa que la recitación de derechos que hace el policía al intervenido, previo a su arresto o al recibimiento de su declaración y que empieza con el clásico: “Tiene el derecho a guardar silencio...”.

El Código Procesal Penal (2004) recoge en el artículo 71 los derechos que el juez, el fiscal o el policía deben hacerle saber al imputado y se resumen en: conocimiento de los hechos de los que se le denuncia, a comunicarse con una persona de su confianza, a tener un abogado de su libre elección, a permanecer en silencio, a no ser coaccionado y a ser examinado por un médico legista si se requiere. Cada uno de ellos, a su vez se funda en el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en la Constitución Política y, que obliga a que toda persona deba ser considerada y tratada como inocente, hasta que un juez declare su responsabilidad o reafirme su inocencia respecto de los hechos denunciados.

I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA CONDICIÓN DE “IMPUTADO”

El imputado, pese a su sujeción al juicio penal, dice la jurisprudencia, ingresa premunido de la presunción de inocencia, que le garantiza el derecho



a no ser considerado culpable en tanto no se pruebe su responsabilidad y, está a su vez, exige pruebas fehacientes actuadas en juicio¹.

Sin desatender lo expuesto, Binder expone que la presunción de inocencia, supone, a la vez distintas premisas: por un lado, nadie tiene que “construir” su inocencia y, de otro, solo una sentencia puede “construir jurídicamente” la culpabilidad a través de la certeza, lo que se traduce, a nivel procesal, en la exigencia de no ser tratado como culpable si no existe dicha declaración judicial y, finalmente, no se pueden elaborar “ficciones de culpabilidad”. Con ello la, sentencia judicial se balancea entre dos extremos: la absolución o la condena².

No obstante, sin perjuicio de dicha condición –la del estado de inocencia– no es menos cierto que realizada la investigación preliminar, la persona a la que se le atribuye la comisión del delito queda, frente a la colectividad y frente al derecho, en una situación que no es equiparable con la de cualquier otro ciudadano. De allí que, el Tribunal Constitucional, en STC 618-2005-HC/TC, reconoce que el imputado se somete a la condición de “sospechoso” hasta la expedición de la sentencia³.

La sospecha supone un estado intelectual, en el que no basta la simple sindicación o la imputación arbitraria para que un sujeto sea sometido a un proceso penal. Al contrario, se hace necesaria una motivación suficiente para presumir de la participación de la persona en el hecho delictivo, habiéndose descartado –previamente– la certeza de que no hubo tal intervención o que esta resulta improbable⁴. El Código Procesal Penal señala la necesidad de la presentación de “indicios reveladores” que aseguren la existencia del delito, sin que ello suponga convicción, puesto que, como bien indica Angulo Arana,

-
- 1 Cfr. R. N. N° 42-2008, Apurímac, Segunda Sala Penal Transitoria. Véase: Artículo 2, inc. 24, lit. e) de la Constitución Política del Perú, Artículo 8; inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en la misma línea interpretativa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso Cantoral Benavides vs Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párr. 120.
 - 2 Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 125. En el mismo sentido: QUISPE FARFAN, Fany Soledad. *El derecho a la presunción de inocencia*. Palestra Editores, Lima, 2001, p. 21.
 - 3 Cfr. Tribunal Constitucional, STC 618-2005-HC/TC, FJ. 21 de 08 de marzo de 2005. En el mismo sentido, la STC 10107-2005-PHC/TC, FJ. 04 de 18 de enero de 2006. Aún con ello, Binder expone que el hecho del padecimiento de la condición de sospechoso no merma la garantía de la presunción de inocencia, puesto que “existen sospechas respecto de él (el imputado), pero en ningún momento podrá anticiparse su culpabilidad”. Cfr. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 129.
 - 4 Cfr. CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 3ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 10.

la función requirente del Ministerio Público es tan solo “el acercamiento del fiscal al órgano jurisdiccional (...) para motivar la apertura del juicio” alcanzando “indicios de la comisión del delito”⁵.

Es la condición de “sospechoso”, lo que permite la posibilidad de imponer medidas cautelares reales (que recaen en los bienes del imputado) o personales (que inciden en la persona del imputado) para asegurar tanto la sujeción del imputado al proceso como el cumplimiento de la sentencia.

II. SUJECIÓN COERCITIVA DEL IMPUTADO

Si la pretensión estatal, a través del ejercicio de la acción penal, es la de sancionar –por la imposición de una pena– a los responsables de un delito y, éstos a su vez –en su condición de ciudadanos–, detentan derechos con los que se previenen de posibles abusos del poder; ello no desvirtúa la posibilidad del ejercicio abusivo del derecho por parte de los propios imputados; lo que motiva que aquél –el Derecho– asegure que las partes se sometan al proceso en igualdad de condiciones. Así mientras que, el Ministerio Público debe tener garantizada la posibilidad de presentar y actuar los medios probatorios necesarios para sustentar su pretensión; el imputado –a su vez– debe garantizar su efectiva sujeción al juicio y la no obstaculización de la actividad probatoria. En esta relación existente entre la actividad probatoria y la ausencia de peligro procesal debe asegurarse el equilibrio. La forma de asegurarlo es a través de la actividad cautelar⁶, con la que se pretende preservar el proceso penal para que se desarrolle conforme a las normas adjetivas con la intención de que alcance su objetivo fundamental: administrar justicia a través de una sentencia que declare la culpabilidad o confirme la inocencia del imputado⁷.

El objetivo específico de la actividad cautelar es la de impedir que el imputado, desde la libertad que le asegura la presunción de inocencia, genere dificultad o haga imposible la actividad probatoria –sea desapareciendo

5 ANGULO ARANA, Pedro. *La función del fiscal. Estudio comparado y aplicación al caso peruano. El fiscal en el nuevo proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 373. El autor indica que, la sola existencia de indicios ya remite a una “tenue presunción de culpabilidad”, que no obstaculiza la inocencia con la actuación de “nuevos elementos materiales”.

6 ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*. Editorial Alternativas, Lima, 1996, p. 226.

7 La Corte Suprema, en este extremo ha indicado: “Es obligación del Estado proveer de los mecanismos necesarios para la realización de la pretensión punitiva derivada de un delito, pues los intereses tutelados por las normas penales son eminentemente públicos y, en ese contexto, preordena el proceso penal para asegurar la persecución del delito contra todo ilegítimo obstáculo”. Fundamento jurídico 28, literal a) del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116.

datos, ocultando cosas o efectos materiales del delito, pactando con otros intervinientes, intimidando testigos, sobornando autoridades— o; simplemente, asegurar que el imputado se someta al proceso y garantizar que cumpla con indemnizar los daños ocasionados con el delito. En otras palabras: evitar el peligro procesal y; en consecuencia, se acudirá a las medidas cautelares solo en aquellos casos en que exista sospechas razonables de que el imputado eludirá la mano de la justicia u obstaculizará la actividad probatoria⁸.

Expuesta la teoría, nuestra Constitución Política —sin contradecirla— concede a los ciudadanos el derecho a la consideración y tratamiento de “persona inocente” hasta que no exista un mandato judicial que establezca lo contrario conforme al artículo 2 inciso 24 literal e), por lo que debe entenderse que, la condición natural de sujeción de un imputado a un proceso penal sería la de la comparecencia, dado que, a dicho mandato se acoge el Perú por haber suscrito el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 9.3 dispone: “*La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general*”⁹, lo que ha sido confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia del 12 de noviembre de 1997, Numeral 77, cuando expresamente, expone: “*De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*”.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: “*La prisión provisional constituye también una seria restricción del derecho humano a la libertad personal, el mismo que constituye un valor fundamental del Estado Constitucional de Derecho, pues, en la defensa de su pleno ejercicio, subyace la vigencia de otros derechos fundamentales, y donde se justifica, en buena medida, la propia organización constitucional. Por ello, la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional. Así, en la línea de lo sostenido por la Corte Intera-*

8 MAIER Julio. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo I. Vol. B. Buenos Aires, Hammurabi, 1989, 277. El Tribunal Constitucional expone las medidas coercitivas pretenden equilibrar el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2.24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2.24.e). Véase: STC 2915-2004-HC/TC, del 23 de noviembre de 2004.

9 De lo que se deduce que está siempre ha de ser excepcional.



mericana de Derechos Humanos “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o faltos de proporcionalidad” (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, UNAM, México 2001, pág. 117)”¹⁰.

III. LA CONTUMACIA: EL IMPUTADO LIBRE Y RENUENTE AL LLAMADO DE LA JUSTICIA

Si revisamos nuestro Código Procesal Penal encontramos, además de la comparecencia simple como medida de coerción procesal, otras de mayor gravedad como la comparecencia con restricciones a la libertad o con caución, el impedimento de salida, la detención policial, el arresto ciudadano, la prisión preventiva, la incomunicación, etc. Cualquiera sea la medida solicitada por el titular de la acción penal, dicha pretensión siempre presupone que el imputado va a hacer frente al proceso, pues como expone Ore Guardia, el derecho procesal prevé como situación ordinaria el hecho de que el juicio se realice con la presencia del imputado¹¹, sea que se aparece libremente –regulada la figura a través de la comparecencia– o, sea que se requiera de la aplicación de algún medio coercitivo grave –como puede ser la prisión preventiva–.

Una situación atípica es aquella donde a pesar de la medida coercitiva –grave o no–, el imputado no se presenta el día de la audiencia, permitiéndose dos razones: no conoce de la existencia de un proceso en su contra o, sabiendo del mismo, prefiere omitir el cumplimiento de su presentación. En el primer caso, nos enfrentamos a la figura jurídica de la “ausencia”, en la que, identificado el sujeto, se desconoce de su paradero con lo que se hace difícil la notificación y, en el segundo, nos hallamos frente a la “contumacia” en la que el imputado, que

10 Expediente N° 1567-2002-HC/TC, fundamento jurídico N° 04. Sin perjuicio de lo anotado, también ha indicado nuestro Supremo Intérprete de la Constitución, que el derecho a la libertad no es absoluto, por lo que podría verse restringido o limitado por la ley, en tanto que exista la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales, lo cual no enerva que la aplicación de medidas coercitivas que limite o coacten la libertad personal, deban atenderse como figuras de ultima ratio a las que el juzgador debe apelar. Exp. 1091-2002-HC/TC, fundamento jurídico N° 5, 6 y 7. Es la propia Constitución Política la que reconoce dos supuestos habilitantes para la afectación de la libertad: mandamiento escrito y motivado del juez y la detención policial en caso de flagrancia delictiva, (art. 2 inc. 24, lit. f).

11 ORE GUARDIA. *Manual de derecho*. Op. 336.

goza de libertad, no comparece en la audiencia sin justificar suficientemente un legítimo impedimento. Se trata de un acto específico de rebeldía.

De hecho, la justificación etimológica de la palabra nos remite a una condición personal de “soberbia y desprecio”, que –para nuestro caso– se expone frente a ley¹². Así, con dichos presupuestos, García Rada expone que tiene la calidad de contumaz “el inculpado que no ha comparecido ante el juez debiendo hacerlo por haber sido válidamente notificado”, lo que supone el conocimiento del proceso penal al que se enfrenta y de las diligencias a las que tiene obligación de asistir¹³, mientras que, De la Cruz Espejo, refiere como concepto la negativa de comparecer en el proceso (...), es decir, la rebeldía que adopta el imputado frente al proceso con posterioridad a la declaración que prestó¹⁴. Nuestra jurisprudencia ha reseñado que “es la conducta procesal del imputado de alejarse o evadirse de la acción de la justicia (que) configura un supuesto claro y específico de una actuación de relevancia procesal que impide la prosecución normal de la causa, cuya sustanciación implica, a su vez, la exigencia de dotar a la justicia de instrumentos necesarios para la sanción de conductas penalmente antijurídicas que reflejan la actualidad y necesidad del esclarecimiento y eventual sanción”.¹⁵

Sin perder de vista lo expuesto por los autores citados, pero a la vez, atendiendo a nuestro texto normativo, específicamente, el artículo 79¹⁶ del

12 Cfr. “contumacia y rebeldía” en OSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Edición electrónica, Datascan, S.A., Guatemala, S.A.

13 GARCÍA RADA, Domingo. *La nueva Constitución y el Derecho penal*. SESATOR, Lima, 1980, p. 4.

14 Citado por ACUÑA SOTELO, Carlos Jhonatan y URQUIZO VIDELA, Gustavo. “El principio de no ser condenado en ausencia. ¿Es necesario que el defensor del reo ausente solicite la nulidad de la sentencia condenatoria?”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 120, Año 14, Lima, septiembre de 2008, p. 250.

15 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (presentador): *Diccionario penal jurisprudencial*. 1ª edición, Lima, 2009, p. 141. El Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116, define la institución a partir de la condición subjetiva del imputado: “contumaz es el imputado que conoce su condición de tal y que está o estará emplazado al proceso para que responda por concretos cargos penales, y pese a ello deja de concurrir, se aparta voluntariamente del proceso”.

16 Artículo 79, inc. 1 del Código Procesal Penal. “El Juez, a requerimiento del Fiscal o de las demás partes, previa constatación, declarará contumaz al imputado cuando: a) de lo actuado aparezca evidente que, no obstante, tener conocimiento de que es requerido, no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales; b) fugue del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedezca, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y, d) se ausente, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir”.



Código Procesal Penal, la contumacia debe entenderse como la respuesta del derecho procesal a la actividad omisiva del procesado, siempre que se cumplan determinadas condiciones; de tal modo que preferimos definir a la institución como “la situación jurídica a la que se somete el imputado cuando de modo voluntario decide alejarse injustificadamente del proceso”. Muy acertadamente, Lecca Guillén expone que, no podrá calificarse la condición de contumacia si antes no tiene certeza de que, efectivamente el imputado “tiene conocimiento de que es requerido”¹⁷, lo cual es presupuesto para la actuación voluntaria.

IV. CONDICIONES PARA LA DECLARACIÓN DE CONTUMACIA

Como las más de las instituciones jurídicas, la contumacia –en tanto efecto procesal de una actuación específica del imputado– no es automática. En consecuencia para que un imputado deba ser considerado contumaz, se requiere declaración judicial. Dice San Martín Castro que, la contumacia –y también la ausencia– exige declaración judicial que puede efectuarse a solicitud de parte o de oficio¹⁸. La expresión del autor es conveniente y aplicable en aquellos distritos judiciales en los que aún se aplica el Código de Procedimientos Penales de 1940; dado que, según las normas del nuevo modelo procesal instaurado en 2004, la declaración judicial de contumacia solo es posible a requerimiento de parte: sea del órgano de persecución penal o de cualquier otra válidamente insertada en el proceso. Es la llamada característica rogatoria de la contumacia.

Siendo así, la declaración judicial tiene carácter constitutivo, puesto que desde el momento en que el juez se pronuncia por la procedencia de la solicitud de declaratoria de contumacia, el imputado adquiere la condición de “imputado contumaz” o como suele decir ordinariamente en el tráfico jurídico penal, de “reo contumaz”. Tal expresión jurisdiccional agrava la situación del imputado, puesto que, si la condición de sospechoso pone en riesgo el estado de inocencia inicial; el hecho de no presentarse a juicio o de rehuir los requerimientos judiciales de apersonamiento acentúa la situación de sospechoso, aunque no enerva la condición de persona inocente garantizada por la Constitución. La contumacia nos expone ante un “sospechoso rebelde”. En tal sentido, la declaración judicial es un acto constitutivo que precisa un estado subjetivo del imputado con el que se reafirma su condición de sos-

17 LECCA GUILLÉN, Mir-Beg. *Derecho procesal práctico. Según el nuevo CPP, D. Leg 638. Teoría y Modelos*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1995, p. 395.

18 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. Vol. I, 1ª edición. Grijley, Lima, 1999, p. 196.



pechoso, lo que se funda, no solo en la no-presencia del imputado en juicio, sino también en la afirmación de rebeldía que éste pretende acentuar con su acción omisiva. Para tal efecto y sin perjuicio de lo enunciado, la declaración judicial exige a su vez, tres requisitos:

- a) **La existencia de un proceso judicial.** La obligación de comparecencia del imputado es posible, como expone García Rada, solo si existe citación para presentarse al proceso judicial¹⁹. No obstante la afirmación, dadas las etapas en el nuevo modelo procesal, debe distinguirse las razones que subyacen a la obligación de la comparecencia del imputado: mientras que, en la etapa de investigación preparatoria se exige la presencia del imputado para asegurar la realización de las diligencias que requieren “su intervención”; durante la etapa de juicio oral se pretende resguardar la garantía constitucional de no ser condenado en ausencia, tal como señala el inc. 12 del artículo 139 de la Constitución, lo que expone, como bien dice Taboada Pilco, diferencias que, pueden motivar acciones desproporcionadas en mérito al derecho de no autoinculpación de que goza el procesado. Así, por ejemplo, requerir la presencia “obligatoria” del imputado en sede fiscal para oír su declaración sobre los hechos que se investigan, genera la posibilidad de que éste haga ejercicio de su derecho a permanecer en silencio, con lo que la declaración de contumacia y, los efectos que supone, carecen de mayor mérito²⁰, toda vez que existe un derecho constitucional que ampara la posibilidad de no-colaboración del imputado respecto de la pretensión del órgano de persecución penal²¹.

19 HURTADO POZO, “La nueva Constitución y el derecho penal. El juzgamiento en ausencia y la nueva Constitución”, p. 02. En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_08.pdf.

20 Cfr. Resolución 01, en requerimiento de declaratoria de contumacia realizada en el expediente 1537-2008, seguido en el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo contra ACV por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad. Dictada el 08 de julio de 2008.

21 El derecho a permanecer en silencio como expresión del derecho a la no autoincriminación, pese a que es posible su alegación cuando se trata del requerimiento para “oír su declaración” no ampara otras situaciones como la obligación de sujetarse al examen corporal para la prueba de alcoholemia, según lo dispuesto en el artículo 213 del Código Procesal Penal. Aunque debe reconocerse que esta situación es controvertida. Véase: CHUNGA HIDALGO, Laurence. “Las sanciones administrativas del nuevo Reglamento de Tránsito a la luz de los principios constitucionales”. En *Aequitas*, Revista virtual de la Corte Superior de Justicia de Piura, Año I, N° 01, Agosto 2009, p. 149. Revisada en 08 de febrero de 2011: http://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1ee74d804447b2ce82248b6ecb4faf93/REVISTA_AEQUITA_S_12-08-09.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1ee74d804447b2ce82248b6ecb4faf93.



- b) **El conocimiento por parte del imputado de la existencia de dicho proceso.** La materialización de este requisito se recoge bajo distintos supuestos en el artículo 79 inc. 1 del Código Procesal Penal cuando expone que, la contumacia requiere, cuando menos la realización de alguna de las cuatro conductas previstas en la norma: a) el imputado conoce que es requerido, pero no se presenta a las actuaciones procesales; b) fuga del establecimiento o lugar en donde está detenido o preso; c) no obedece de una orden de detención o prisión; y, d) se ausenta sin autorización fiscal o judicial del lugar de su residencia o del asignado para residir. Cualquiera de las expresiones hace referencia –como elemento común– a la exigencia del conocimiento previo de la existencia de un proceso judicial que le impone obligaciones al imputado. En el derecho, el conocimiento de un acto jurisdiccional se presume de la notificación válidamente efectuada²² y se adquiere certeza plena del mismo cuando el inculpado se apersona al proceso, señala domicilio, firma constancia de haber recibido la notificación o declara sobre los hechos con conocimiento del juez.
- c) **La voluntad –cierta o presunta– de no apersonarse a dicho proceso.** Para la ley no basta con que el imputado conozca de su obligación de concurrir al proceso, sino que, se requiere, conforme a la jurisprudencia que se “persista en la inconcurrencia” o “se muestre renuente a concurrir”, tal como se enuncia en la resolución expedida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que para disponer la contumacia de la Cecilia Isabel Chacón de Vettori. No basta, por tanto, la verificación del modo como se han notificado los actos jurisdiccionales en los que se le requiere al imputado su presencia en el juicio oral sino que se evalúa la conducta procesal para establecer su “deliberada persistencia” a no comparecer. La Ley 26641, expresa la necesidad de “evidencias irrefutables (de) que el acusado rehúye el proceso”. Conforme a la nueva norma procesal ¿Cómo es posible acreditar la renuencia voluntaria? La norma no

22 Conforme al Acuerdo Plenario 5-2006/CJ-116, Corte Suprema, citando a Pico i Junoy señala “los actos de comunicación de las resoluciones judiciales –notificaciones, citaciones y emplazamientos–, en la medida en que hacen posible la comparecencia del destinatario y la defensa contradictoria de las pretensiones, representan un instrumento ineludible para la observancia de las garantías constitucionales del proceso”, por lo que es necesario “examinar cumplidamente que los actos de comunicación, el emplazamiento a las partes, en especial al imputado con la llamada al proceso, cumplan escrupulosamente las normas procesales que los regulan a fin de asegurar la efectividad real de la comunicación”. Véase: http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPT2/documentos/ACUERDO_PLENARIO_05-2006_CJ-116_281206.pdf.

indica nada y; por el contrario, el artículo 355 del Código Procesal Penal –contradictoriamente a la característica rogatoria de la institución– exige que, al expedirse el auto de citación a juicio, se indicará el apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de “inconcurrencia injustificada”. Así debe presumirse que, si efectuada la notificación válidamente, el imputado no se presenta al juicio, entonces no tiene voluntad de enfrentar el proceso. Pero ¿una sola inasistencia es suficiente para determinar “la persistencia en la inconcurrencia”, tal como exige el acuerdo plenario de 2006? Este Acuerdo Plenario, en análisis de la normas del Código de Procedimientos Penales de 1940, expone la necesidad de una segunda notificación a efectos de verificar la conducta evasiva del procesado y con ella establecer la “persistencia en la inconcurrencia”, pero de la nueva norma procesal se deduce que bastaría la primera inasistencia y sin que medie justificación ofrecida para acudir a la contumacia, tal como se enuncia en los artículos 355 y 367 del joven Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo expresado, aun quedan temas pendientes: ¿cómo puede señalarse un apercibimiento judicial de declaración de contumacia sin que esta haya sido solicitada por las partes procesales tal como exige el artículo 79 de la norma adjetiva? ¿Puede declararse contumaz a una persona y ordenar la conducción compulsiva a la vez que se señala nueva fecha y hora para la realización de audiencia como se expone en el artículo 367 de la norma procesal?

Si la práctica jurisprudencial pretende asegurar el principio de imparcialidad judicial contenido en el artículo I del Título Preliminar de la norma adjetiva, entonces debe negarse la posibilidad de que el juez pueda declarar de oficio la contumacia del procesado, puesto que, dicha actuación favorece a una de las partes en perjuicio de la contraria; por tanto, el apercibimiento exigido en el artículo 355 de Código Procesal Penal se convierte en una mera advertencia que se le hace al imputado para que conozca las consecuencias que se pueden derivar de la desatención a su deber de sujeción procesal; lo que se asegura –además– es la característica rogatoria de la institución; a cuyo efecto, la parte interesada, aprovecha la instrucción ofrecida en la resolución judicial, para solicitar su declaración de contumacia reseñándose que, el imputado no puede oponerse a la misma, justamente, porque se le hizo saber de las consecuencias de sus omisiones.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONTUMACIA

Alcanzada la declaración judicial de contumacia, esta genera, fundamentalmente, tres consecuencias: respecto del imputado, la orden de conducción compulsiva en agravio de éste; respecto del proceso, el señalamiento de nueva fecha para la audiencia o su archivamiento provisional y, sobre el delito mismo, la suspensión de los plazos de prescripción.



- a) **La conducción compulsiva.** Según el artículo 79 de la norma adjetiva, declarada la contumacia, deberá ordenarse la conducción compulsiva. No obstante que la norma no precisa su definición, puede elaborarse una a partir de lo que de esta institución se dice en el texto procesal: Es una medida de coerción personal de carácter temporal dictada por la autoridad competente (el juez o el fiscal) por la que se dispone el forzoso apersonamiento de una persona (el imputado, testigo o peritos) a través del auxilio de la Policía Nacional. La temporalidad de la misma se sujeta a la realización de la actividad procesal que motivó su expedición, al punto que, existe responsabilidad si es que dentro de las 24 horas de efectuada la orden de fuerza, el fiscal no dispone su levantamiento²³.
- b) **Señalamiento de nueva fecha o archivamiento provisional de la causa.** La garantía constitucional de no ser juzgado en ausencia, impone que el artículo 367 del Código Procesal Penal exija la presencia del imputado para la instalación de la audiencia al tiempo del juicio oral, exponiendo que, en caso de incomparecencia del obligado principal deberá fijarse nueva fecha y hora para su realización, sin perjuicio de declararlo contumaz. Paralelamente, el artículo 79, inc. 5 al tiempo en que regula la institución que se estudia, dispone que, si la contumacia se declara al tiempo del juicio oral “deberá ordenarse el archivamiento provisional” de la causa. Así, el juez tiene dos posibilidades, que pueden aplicarse de modo alternativo o consecutivo; lo que a su vez genera dos tipologías de la conducción compulsiva.

En la modalidad alternativa, el juez elige entre aplicar o uno u otro artículo. Si se atiende al artículo 79 inc. 5, advertida la primera incomparecencia del imputado, se impone la contumacia, por lo que ordena la conducción compulsiva y declara el archivamiento provisional de la causa, o aplica el artículo 367 inc. 3, y dada la no-presentación del imputado, lo declara contumaz, ordena su conducción compulsiva estableciendo nueva fecha y hora para la realización del juicio. En el primer caso, la conducción compulsiva es abierta y se asemeja a las antiguas órdenes de ubicación y captura de reos²⁴, para cuyo efecto se oficia a la Policía

23 Cfr. Artículo 66 del Código Procesal Penal. Similar condición se impone al juez, dado que el artículo 79 señala que, realizadas las diligencias, se deja sin efecto la conducción compulsiva.

24 Adviértase que, con el nuevo Código Procesal Penal no existe la figura de las “órdenes de captura”, las que, al parecer, solo son aplicables cuando existe un sentenciado en libertad cuya sentencia impone privación de libertad, tal como aparece en el artículo 490 de la citada ley. Sin perjuicio de nuestra posición, se advierte que no existe uniformidad de



Nacional del Perú a fin de que ponga –al imputado– a disposición del juzgado una vez que haya sido ubicado y capturado y, en la segunda opción, la conducción compulsiva es cerrada y se aplica en su concepción clásica: la Policía tiene obligación de trasladar forzosamente al imputado para el día y fecha establecidos.

La forma consecutiva nos remite a la aplicación del artículo 367 inc. 3 en primer lugar, con lo que advertida la no presentación del imputado, se le declara reo contumaz y se le señala fecha y hora como nueva oportunidad para hacer frente al juicio, con mandato al órgano de auxilio judicial de presentarlo forzosamente en la oportunidad indicada. Si llegada la nueva fecha, el procesado no se encuentra en la sala de audiencias, entonces se mantiene su condición de contumaz, pero el mandamiento de conducción compulsiva carece de término, con lo que, la Policía Nacional tendrá, según el artículo 261 inc. 4, hasta seis meses para cumplir con dicha disposición jurisdiccional, salvo requerimiento fiscal o de la parte interesada en que se renueve la indicada conducción forzosa.

Esta segunda fórmula de aplicación –a la cual nos adherimos– permite la existencia de dos notificaciones que establecen el mismo número de oportunidades para la presentación del imputado; lo que ofrece al juzgador mayores elementos de juicio para establecer efectivamente la voluntad renuente de cumplir con presentarse a juicio.

- c) **La suspensión de los plazos de prescripción.** Si bien el Código Procesal Penal no regula el modo de aplicar la prescripción, no puede perderse de vista que, existe una ley específica de la materia que establece que, declarada la contumacia esta suspende la prescripción penal tal como lo ordena la Ley N° 26641 y, que se recoge en distinta jurisprudencia, como es el caso de Consulta 104-Puno efectuada a la Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social²⁵. En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema del 06 de septiembre de 1996²⁶ y la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 7451-2005 HC/TC.

critérios, puesto que, existen juzgados donde aún cuando la norma procesal no regula la expedición de órdenes de captura, éstas se siguen expidiendo bajo el amparo del artículo 367 inc. 5, en el que se reconoce la posibilidad de la “captura” como forma de hacer cumplir al contumaz su obligación de presentarse al juicio oral.

25 Véase Consulta N° 104, Puno, Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social. En <http://www.amag.edu.pe/web/html/comunicados/104.pdf>.

26 ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal comentada*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 493.

CONCLUSIONES

- La sujeción del imputado al proceso no enerva en absoluto la condición de persona inocente que la Constitución le reconoce, exigiendo como condición fundamental de la culpabilidad, la existencia de una resolución judicial que así lo declare. Su obligación de comparecer se origina en el genérico deber ciudadano de colaboración con el Estado y con la justicia en particular.
- Sin perjuicio del estado inicial de inocencia, el imputado aparece ante el derecho en la condición de “sospechoso” y, advertido el peligro de alejarse del proceso penal, es posible que éste deba padecer medidas cautelares de naturaleza real o personal, que tienen por finalidad asegurar que no huya del proceso o impedir la obstaculización de la actividad procesal.
- Reconocida la presunción de inocencia, la posición natural del imputado frente al proceso penal es la comparecencia simple, salvo advertencia de peligro procesal. En consecuencia, el derecho presume que, en todos los casos, el acusado ha de atender los requerimientos del juez y se presentará al proceso cada vez que sea citado. La desatención injustificada del deber de comparecer en juicio da lugar a la contumacia.
- La contumacia es la consecuencia jurídica derivada de la conducta omisiva voluntaria del imputado de no comparecer ante los tribunales y, fenoméricamente aparece como una agravación de la sospecha que supone su sujeción a un proceso penal.
- La contumacia exige tres requisitos y supone tres consecuencias. Entre los primeros: la existencia de un proceso, el conocimiento del imputado de su existencia, la voluntad de no sujetarse al mismo y, respecto de las consecuencias: da lugar a una nueva medida coercitiva que es la conducción compulsiva, motiva el señalamiento de nueva fecha para el juicio oral o el archivamiento temporal de la causa y, finalmente, supone la suspensión de los plazos de prescripción.
- La conducción compulsiva, tal como aparece en el nuevo modelo procesal puede ser de dos tipos: cerrada, en la que el juez dispone fecha y hora en la que el órgano de auxilio judicial debe poner a disposición del juzgado al imputado o, abierta, en la que la orden no tiene fecha específica de cumplimiento, salvo la genérica caducidad legal de los seis meses, establecida por el propio Código Procesal.



CAPÍTULO II

EL ABOGADO DEFENSOR

Artículo 80. Derecho a la defensa técnica

El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

Artículo 81. Compatibilidad del patrocinio

El Abogado Defensor puede ejercer el patrocinio de varios imputados de un mismo proceso, siempre que no exista incompatibilidad de defensa entre ellos.

Artículo 82. Defensa conjunta

Los Abogados que forman Estudios Asociados pueden ejercer la defensa de un mismo procesado, sea de manera conjunta o separada. Si concurren varios abogados asociados a las diligencias, uno solo ejercerá la defensa, debiendo limitarse los demás a la interconsulta que reservadamente le solicite su colega.

Artículo 83. Efectos de la notificación

La notificación efectuada por orden del Fiscal o del Juez, en el domicilio procesal señalado en autos por el Estudio Asociado, comprenderá a todos y cada uno de los abogados que participan en la defensa.

Artículo 84. Derechos y deberes del abogado defensor

El abogado defensor goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de su profesión, especialmente de los siguientes:

- 1. Prestar asesoramiento desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad policial.*
- 2. Interrogar directamente a su defendido, así como a los demás procesados, testigos y peritos.*
- 3. Recurrir a la asistencia reservada de un experto en ciencia, técnica o arte durante el desarrollo de una diligencia, siempre que sus conocimientos sean requeridos para mejor defender. El asistente deberá abstenerse de intervenir de manera directa.*
- 4. Participar en todas las diligencias, excepto en la declaración prestada durante la etapa de investigación por el imputado que no defienda.*



5. *Aportar los medios de investigación y de prueba que estime pertinentes.*
6. *Presentar peticiones orales o escritas para asuntos de simple trámite.*
7. *Tener acceso a los expedientes fiscal y judicial para informarse del proceso, sin más limitación que la prevista en la ley, así como a obtener copia simple de las actuaciones en cualquier estado o grado del procedimiento.*
8. *Ingresa a los establecimientos penales y dependencias policiales, previa identificación, para entrevistarse con su patrocinado.*
9. *Expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, oralmente y por escrito, siempre que no se ofenda el honor de las personas, ya sean naturales o jurídicas.*
10. *Interponer cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones, recursos impugnatorios y los demás medios de defensa permitidos por la ley.*

El abogado defensor está prohibido de recurrir al uso de mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la administración de justicia.^()*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

Artículo 85. Reemplazo del abogado defensor inasistente

1. *Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.*
2. *Si el defensor no asiste injustificadamente a la diligencia para la que es citado, y esta no tiene el carácter de inaplazable, el procesado es requerido para que en el término de veinticuatro horas designe al reemplazante. De no hacerlo, se nombra uno de oficio, reprogramándose la diligencia por única vez.*
3. *El juez o colegiado competente sanciona, de conformidad con el artículo 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al defensor que injustificadamente no asiste a una diligencia a la que ha sido citado o que injustificadamente abandona la diligencia que se estuviere desarrollando.*
4. *La renuncia del defensor no lo libera de su deber de realizar todos los actos urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado en la diligencia a la que ha sido citado. La renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de veinticuatro horas antes de la realización de la diligencia.*
5. *Las sanciones son comunicadas a la Presidencia de la Corte Superior y al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo. La primera*



conoce la aplicación de la sanción y el segundo la ejecución formal de la sanción.

6. *La sanción disciplinaria aplicable al fiscal que incurra en cualquiera de las conductas antes descritas, se aplican de conformidad con la Ley Orgánica del Ministerio Público.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

CAPÍTULO III LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

Artículo 86. Momento y carácter de la declaración

1. *En el curso de las actuaciones procesales, en todas las etapas del proceso y con arreglo a lo dispuesto por este Código, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra. Las ampliaciones de declaración procederán si fueren pertinentes y no aparezcan sólo como un procedimiento dilatorio o malicioso.*
2. *Durante la Investigación Preparatoria el imputado, sin perjuicio de hacerlo ante la Policía con las previsiones establecidas en este Código, prestará declaración ante el Fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando éste lo ordene o cuando el imputado lo solicite.*
3. *Durante el Juicio la declaración se recibirá en la oportunidad y forma prevista para dicho acto.*

Artículo 87. Instrucciones preliminares

1. *Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba. Rige el numeral 2) del artículo 71.*
2. *De igual manera, se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Asimismo, se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un abogado defensor, y que si no puede nombrarlo se le designará un defensor de oficio. Si el abogado recién se incorpora a la defensa, el imputado tiene derecho a consultar con él antes de iniciar la diligencia y, en su caso, a pedir la postergación de la misma.*
3. *El imputado también será informado de que puede solicitarla actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las*



aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como a dictar su declaración durante la etapa de Investigación Preparatoria.

4. *Sólo se podrá exhortar al imputado a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen. El Juez, o el Fiscal durante la investigación preparatoria, podrán hacerle ver los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos.*

Artículo 88. Desarrollo de la declaración

1. *La diligencia se inicia requiriendo al imputado declarar respecto a:*
 - a) *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) *Si ha sido encausado anteriormente por el mismo hecho o por otros, proporcionando los datos que permitan identificar el proceso o procesos seguidos en su contra.*
 - c) *Si tiene bienes, dónde están ubicados, quién los posee y a qué título, y si se encuentran libres de gravamen.*
 - d) *Sus relaciones con los otros imputados y con el agraviado.*
2. *A continuación se invitará al imputado a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar, de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande.*
3. *Luego se interrogará al imputado. En la Etapa Preparatoria lo harán directamente el Fiscal y el Abogado Defensor. En el Juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo. El Juez podrá hacerlo, excepcionalmente, para cubrir algún vacío en el interrogatorio.*
4. *En el interrogatorio las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión.*
5. *Podrá realizarse en dicho acto las diligencias de reconocimiento de documentos, de personas, de voces o sonidos, y de cosas, sin perjuicio de cumplir con las formalidades establecidas para dichos actos.*
6. *Si por la duración del acto se noten signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan.*



7. *Durante la Investigación Preparatoria el acta que contenga la declaración del imputado reproducirá, del modo más fiel posible lo que suceda en la diligencia. El imputado está autorizado a dictar sus respuestas. La diligencia en dicha etapa finalizará con la lectura y firma o, en su caso, la impresión digital, del acta por todos los intervinientes. Si el imputado se niega a declarar, total o parcialmente, se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla se consignará el motivo.*

Artículo 89. Tratamiento y pluralidad de imputados

1. *El imputado declarará siempre libre en su persona, sin el uso de esposas u otros medios de seguridad y sin la presencia de otras personas que las autorizadas para asistir. Cuando estuviere privado de su libertad, la diligencia se podrá llevar a cabo en recintos cerrados apropiados para impedir su fuga o que atente contra la seguridad de las personas.*
2. *Cuando hubiere varios imputados, se recibirá las declaraciones, evitando que se comuniquen entre sí antes de la recepción de todas ellas.*

COMENTARIO:

EL DERECHO DE DEFENSA

JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO*

1. INTRODUCCIÓN

En el procedimiento inquisitivo, al imputado se le negaba participar como sujeto procesal, ignorándosele por completo el respeto a la libertad y el principio de inocencia, manteniéndolo incomunicado y padeciendo con los más atroces medios para arrancarle una confesión; gracias a la Revolución francesa, se realizó la personalidad del individuo hasta el punto de convertir al proceso en un instrumento de defensa en primer término. Es así como el imputado tiene, en el proceso, el ejercicio de poderes suficientes para defenderse, resistiendo a la persecución, que para él es considerada como una

* Abogado. Docente en la Cátedra de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Con estudios en Maestría con mención en Ciencias Penales y especializaciones en materia procesal penal. Actualmente es Especialista Legal en los Juzgados de la Investigación Preparatoria del distrito judicial de Huaura desde la implementación del nuevo sistema procesal penal.

amenaza de imposición de pena, permitiéndole así, con estos instrumentos de defensa, cuestionar, probar y discutir con fundamento opuesto al progreso o al fundamento de la pretensión, en un proceso regular y legal¹. Ascencio Mellado considera a este nuevo proceso penal, inspirado por principios compatibles con el respeto a la dignidad humana, como una transformación en tanto que, y si bien el mismo tiende al descubrimiento de un delito a los efectos de imponer una pena a su autor, tal labor ha de ser realizada con pleno respeto a los derechos fundamentales del imputado².

En definitiva, la discusión sobre el nacimiento del imputado no es otra que el otorgamiento de derechos y garantías procesales-constitucionales, que pueda frenar mecanismos procesales ilegales, arbitrarios e inconstitucionales que como proceso penal antiguo existía. La protección legal que nace de la propia ley que desarrolla el poder punitivo del Estado pretende proteger de los posibles abusos de poder, incluso, sin que el propio imputado lo ejerza o lo conozca directamente. No menos cierto lo que López Barja de Quiroga alegó en su oportunidad, que el imputado, de su condición derivan las garantías que la ley le asocia, pero, lo que no cabe es afirmar que se le declare imputado para que tenga garantías, como no es razón el detener a una persona para que “goce” de los derechos del detenido. Este razonamiento perverso no es admisible en un estado de derecho³. Ahora, nuestro Código Procesal Penal ha reconocido, en un listado, sus principales derechos de protección cuando el imputado se encuentre inmerso en un proceso penal, como es el desarrollo del artículo 71, donde incluso resalta que no son los únicos derechos que se debe tomar en cuenta al que se encuentra penalmente perseguido, sino también los desarrollados por la Constitución y demás leyes que le son propias. La verosimilitud de la imputación y el nacimiento de la cualidad de imputado dentro de un proceso penal hace prever, como lo señala Peña Cabrera, el efectivo goce de las garantías constitucionales para el ciudadano desde el momento en que recae sobre él una imputación de naturaleza jurídico-penal⁴.

- 1 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho procesal penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, T. II, p. 60.
- 2 ASECIO MELLADO, José M. *Derecho Procesal Penal*. 2da. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 56.
- 3 LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 797.
- 4 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1ª edición, RODHAS, Lima, noviembre, 2011, p. 340.



Uno de estos derechos inalienables que se desprende desde el nacimiento de estatus de imputado es, precisamente, el derecho de defensa, que es materia de la presente investigación. Por ello, es que debemos desarrollar el nacimiento del imputado que es gracias a él que se puede realizar los diferentes estudios relacionados a la posibilidad de poder defenderse de dicha imputación.

LA DEFINICIÓN DE IMPUTADO

El Código Procesal Penal no nos ofrece una definición de imputado; situación distinta en comparación del resto de partes procesales que intervienen o podrían intervenir, en sí en ella como el actor civil, el tercero civilmente responsable, hasta incluso el mismo Ministerio Público⁵; pero se puede decir que el imputado es la persona perseguida penalmente y que tendrá esa calidad de actuación desde el momento en que se le atribuye como autor de un hecho delictivo hasta el pronunciamiento final que determine su situación jurídica procesal sobre su grado de responsabilidad. Esta finalización puede ser por diferentes naturalezas jurídicas, que van desde el archivamiento fiscal definitivo, el archivamiento judicial emitido mediante un auto de sobreseimiento consentido, una sentencia absolutoria en la etapa de Juicio Oral, la plena ejecución de una sentencia con las consecuencias jurídicas que esta haya acarreado o, en su defecto, cumplido las reglas de conducta dentro de un periodo de prueba donde se haya podido generar los antecedentes penales a razón de su conducta reprochable penalmente.

También se le da la calidad de “citado” en la etapa preliminar; “investigado”, cuando el fiscal decide formalizar la investigación preparatoria; “acusado”, cuando el fiscal presenta su requerimiento de acusación, iniciándose así la fase intermedia del proceso, y “sentenciado” cuando el Tribunal de Juicio Oral lo encuentra responsable sobre el hecho delictivo que fue materia del proceso. El reglamento del Código de Ejecución Penal considera “interno” al sentenciado que cumple su condena con carácter efectivo; pero si este in-

5 El Código Procesal chileno, en su artículo 7, indica que las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código (procesal penal) y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. En el Código Procesal Penal de Nicaragua, en su artículo 94, señala que tiene la condición de imputado toda persona que ha sido detenida por las autoridades o contra quien el titular de la acción penal solicite al juez de su detención como posible autor o partícipe de un delito o falta o citación a audiencia inicial, según el caso.



terno está recluido a causa de una medida coercitiva personal, lo considerará como “procesado”.

EL NACIMIENTO DEL IMPUTADO

La discusión sobre el nacimiento del imputado no forma otro debate que el derecho de desplegar su defensa en el momento oportuno para así contrarrestar dicha imputación o preparar alguna estrategia que desvincule su responsabilidad penal en el proceso. Por ello, las variadas definiciones sobre la situación jurídica del imputado es importante precisamente, porque se le ha obligado a las entidades estatales a que se le garantice dicho derecho fundamental. Esto lo decimos, porque es probable que el estatus de imputado podría no generarse en la etapa indagatoria, por cuanto el Fiscal, dentro de un proceso iniciado de oficio o por acción popular, investigue preliminarmente un presunto hecho delictivo del cual todavía no ha individualizado al sujeto sobre quien recaerá todo su poder persecutor y, posteriormente, al realizar su calificación sobre los hechos fácticos y elementos constitutivos del delito, considere formalizar a ese individuo sobre quien solo fue un simple citado en sus diligencias preliminares.

Esta iniciación procesal es válida si consideramos que en la etapa previa a la judicialización procesal es necesaria la individualización del imputado para continuar con el proceso penal para así preparar la acusación fiscal, que es su principal objetivo; siendo así, claramente la ley ha conferido al Ministerio Público la labor de analizar presupuestos procesales que satisfagan la formalización de la investigación preparatoria, como es, el engranaje jurídico entre el hecho investigado y el tipo penal vigente, y que principalmente se haya podido individualizar al sujeto como el presunto infractor penal.

Incoar el proceso mediante una disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria motiva a que el imputado conozca plenamente de la imputación formal que se le formula en su contra cuando en las diligencias preliminares no lo conocía. Vemos entonces, que una persona puede variar su calidad de citado a imputado si así el Fiscal lo identifica como tal sin que se presuma alguna vulneración a su derecho de defensa. Empero, si el agraviado o denunciante, le pone a conocimiento sobre un hecho al Ministerio Público a efectos de que inicie una investigación y lo identifica como tal, a pesar de que no es un requisito para incoar una denuncia penal⁶, las investigaciones

6 Artículo 328.1 del Código Procesal Penal. Toda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos y –de ser posible– la individualización del presunto responsable.



preliminares serán enfocadas, principalmente, sobre el sujeto identificado otorgado conjuntamente con la noticia criminal, aun así, si luego el Ministerio Público corrigiera y lo desvinculara del proceso iniciado, si considera que dicha persona no se le pueda atribuir ninguna responsabilidad penal, lo tendrá que hacer motivadamente mediante disposición fiscal; pero hasta que esto no suceda, la calidad de imputado ya se le fue otorgada desde el momento en que una persona lo sindicó como presunto autor sobre un hecho delictivo. Entonces, entendamos que si el imputado nace producto de una sencilla sindicación de una persona que lo identifica como tal, entonces la situación jurídica de imputado le es adquirida desde el momento de esta atribución, y el Ministerio Público no puede desentenderse sobre sus derechos fundamentales que emanan de esta cualidad.

El paso transformativo de imputado a calidad de acusado es, sumamente importante para el perseguido penalmente, pues ya no hablamos de un proceso penal en el que fue judicializado mediante una disposición fiscal motivada sobre hechos que podrían encuadrar dentro de un tipo penal preestablecido y de la comunicación formal de seguir siendo investigado, para así obtener los mayores elementos de convicción que probablemente sustenten una acusación en juicio; sino que ahora, el imputado que en calidad de acusado, se encuentra muy cerca a la etapa de enjuiciamiento, con esos elementos de convicción encontrados, y con una propuesta de pena, reparación civil –y demás consecuencias accesorias si lo hubiere–, que no estaban en la disposición fiscal de formalización, donde, además, contendrá los mismos hechos fácticos, pero con una calificación jurídica más definida.

Es justa la definición de Velázquez Delgado, al señalar, que no cabe duda de que la determinación del momento en que surge el estatus de imputado es una cuestión de cardinal importancia en el proceso penal, tanto más en el nuevo proceso penal, pues precisamente de esa situación depende el nacimiento del derecho de defensa, con todo lo que él comporta, cuyo respeto, además, es uno de los parámetros más importantes de la configuración del debido proceso⁷, y esto es así, porque si bien se establece que en la etapa preliminar no existe un marcado y continuo contradictorio, a pesar que la ley procesal le ofrece a la defensa tener mecanismos procesales dentro de ella, todo dato, fuente o diligencia que fuera programada por el Ministerio Público es considerada como una información global de lo que pretende conseguir

7 VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Citando a VÁZQUEZ ROSSI, en: *El Surgimiento del Estatus de Imputado: a propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica*. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 22, Lima, abril, 2011, p. 208.



dentro de la etapa preliminar; a excepción del mecanismo de tutela que ataca una actuación fiscal que pueda tener vulneración al derecho fundamental o alguna inobservancia de sus derechos desarrollados en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

Para Asencio Mellado, el conferimiento de esta condición procesal es esencial para garantizar el derecho de defensa, ya que el mismo nace desde que se adquiere la cualidad de imputado, por ello, el profesor manifiesta que el ejercicio de derecho de defensa no puede ser supeditada a resolución judicial o fiscal alguna, sino que ha de ser automático e independiente simplemente de la existencia de una sospecha aunque esté escasamente fundamentada⁸; y esta es transmitida con la inclusión natural de la persona perseguida en un proceso, sin que pase por un trámite previo y formal como parte procesal. Tal es así, que el imputado es la única parte procesal que adquiere tal condición sin que el Juez de la Investigación Preparatoria lo constituya previamente como sí lo dispone la ley para otros sujetos procesales.

Binder critica a las legislaciones y a la doctrina que establece que el derecho de defensa se adquiere una vez que la imputación gana cierto grado de verosimilitud y que se llega a la conclusión errónea, que solo a partir de una imputación formal, el imputado adquiere el carácter de sujeto procesal, y el derecho de defensa solamente puede ser ejercido por el sujeto procesal en cuanto tal; pero dicho raciocinio es totalmente erróneo, puesto que el derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de tal imputación. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que esta sea⁹.

Ahora, partamos de que la crítica hecha por el autor, trasciende la necesidad de proteger al imputado de un poder punitivo que pueda arbitrariamente paralizar su defensa, aprovechando una situación jurídica indefinida desde la primera actuación procesal por más defensor de la legalidad que el Ministerio Público ostente. Por ello, siempre he criticado las mal denominadas etapas "preprocesales" o "policiales" a las diligencias preliminares, como si dicha etapa indagatoria no esté protegida por un debido proceso y, consecuentemente, por un derecho de defensa, o como si en dichas diligencias no

8 ASECIO MELLADO, José M. Ob. cit., p. 58.

9 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª reim-
presión, julio, 2000, p. 156.



esté el Fiscal bajo la dirección de la investigación, dejando en manos de la policía la investigación y sus conclusiones si de por sí no se atribuyen de calificar jurídicamente el hecho antes que el Ministerio Público lo haga.

Lo que el autor no ha considerado es que a pesar que el derecho de defensa puede ser ejercido desde el momento de una imputación, adquiriendo su condición como tal, no puede ejercerlo si el Ministerio Público, dentro de su primera actuación procesal, haya rechazado tal imputación por no considerarla verosímil. Tal es así, que si bien la norma procesal penal establece dos sub etapas procesales dentro de la investigación preparatoria, existe un momento en el tiempo desde la recepción de la noticia criminal hasta la primera actuación fiscal que manifieste la actitud de realizar diligencias urgentes e inaplazables que lleguen a esclarecer el hecho que ha decidido investigar. Mejor dicho, si bien debería existir una verosimilitud de la imputación, tal cual lo manifiesta Binder, desde la etapa preliminar hasta la disposición de formalización de la investigación preparatoria, también existe un momento de admisión desde que es puesta la noticia criminal hasta la decisión de hacer prender la maquinaria estatal por considerar válida la sospecha de un hecho delictivo. Entonces, la verosimilitud también puede estar enmarcada desde la primera actuación fiscal que demuestre el interés en desarrollar diligencias preliminares que lo lleven a definir los requisitos de procedibilidad que la ley obliga, pues cabe la posibilidad de rechazar una denuncia de plano si considera, desde un inicio y sin haber desplegado investigación alguna, la innecesaria intervención estatal en activar su acción punitiva sobre un hecho que haya sido extinguido por prescripción o que no sea justiciable penalmente. Bajo esta situación, a pesar que en la denuncia se haya podido identificar al imputado y sindicado autor de un presunto hecho delictivo, puede perder su grado de verosimilitud al no satisfacer los parámetros procesales que la ley exige mínimamente para desplegar preliminarmente su poder persecutor.

EL NACIMIENTO DE LA DEFENSA

Como lo habíamos mencionado anteriormente, definir el nacimiento del imputado es importante en un proceso penal, pues de él nacerá paralelamente su derecho a ejercer su defensa. En Latinoamérica, la Constitución de la nación argentina de 1853 fue la primera en incorporar, expresamente, en su texto el derecho de defensa, apareciendo interrelacionado con los otros elementos legales componentes del concepto de debido proceso¹⁰. En nuestra

10 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *La Defensa Penal*. 3ª edición. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 79.



legislación, lo encontrábamos anteriormente en la Constitución Política del Perú de 1979 como garantías de la administración de justicia en su artículo 233¹¹. Actualmente, nuestra Constitución Política de 1993 lo enmarca dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional¹², aunque se critica que el derecho de defensa, al ser una manifestación de un derecho fundamental como el debido proceso, debería estar previsto en el catálogo de derechos fundamentales y desligado de la función jurisdiccional, a fin de facilitar su aplicación y observancia en el ámbito administrativo y entre particulares¹³. En el ámbito internacional, tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969 donde se estableció en su artículo 8.1 que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; y asimismo, establece diversas garantías mínimas, como de la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, (8.2 b); concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (8.2 c); derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (8.2 d); y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por ley (8.2 e); la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece, en su artículo 11.1, que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en

-
- 11 Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia: "(...) 9. La de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. El Estado provee la defensa gratuita a las personas de escasos recursos".
- 12 Constitución Política del Perú. Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: "(...) 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (...)".
- 13 BELTRAN VARILLAS, Cecilia. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo II, (A.A.V.V.), Gaceta, Lima, 1ª reimpresión, 2006, p. 581.



el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y ratificado en 1976, estableció, como garantías mínimas, a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda, y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella (artículo 14 a); a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (artículo 14 b).

En nuestro Código Procesal Penal, el derecho de defensa lo vamos a encontrar desde un inicio en el artículo IX de nuestro Título Preliminar, donde señala que “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se 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. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas en la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado de procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala”. Entonces, podemos deducir que este ejercicio de derecho de defensa puede materializarse dentro de las diligencias preliminares cuando se le comunica al imputado dicho derecho directamente a través del juez, fiscal o la Policía Nacional, al tener conocimiento que pesa una denuncia en su contra, ya sea al habersele recabado su declaración en dicha etapa, o que su presencia se debe a una citación formal dentro de la fase de la investigación preparatoria propiamente dicha, en la que es iniciada cuando el fiscal decide judicializar el proceso¹⁴. Por último, podemos concluir, que el artículo 25.12 del Código Procesal Constitucional¹⁵ protege a través del Hábeas Corpus el derecho de defensa, por si este es vulnerado dentro de tres acepciones importantes: a) que el imputado tiene el derecho a elegir libremente a su defensor; b) que tiene el derecho a su asistencia legal desde que es citado o detenido; y c) que no existe norma o ley que suspenda, reprima o cese dicho derecho

14 Artículo 71.2. “Los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible, que tiene derecho a: [...] c) ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un Abogado Defensor”.

15 Artículo 25.12 del Código Procesal Constitucional. “El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción”.



en cualquier circunstancia. En ese sentido, se entiende claramente que los procesos constitucionales buscan garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia plena de los derechos constitucionales¹⁶, lo que en concordancia con el tratado internacional en mención establece como un derecho del ciudadano la interposición de recursos rápidos, sencillos y efectivos que le amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y la propia Convención¹⁷, lo que en efecto a lo señalado, la institución de la Audiencia de Tutela, Acción de Tutela o Tutela de Derechos que se encuentra en el artículo 71.4 del Código Procesal Penal, busca responder a la posibilidad de obtener mecanismos procesales que pueda proteger al imputado sobre sus derechos fundamentales sin necesidad de irse a una vía extraordinaria, por cuanto el Juez de la Investigación Preparatoria, como todo magistrado, son jueces constitucionales, actualmente conocidos ahora como “Jueces de Garantía”, quienes se encuentran capacitados y facultados de poder subsanar o corregir alguna lesión al derecho fundamental, principio o garantía procesal y, en su caso, emitir medidas de protección sobre las mismas.

El derecho de defensa es una garantía constitucional que busca resguardar la posibilidad que tiene el ciudadano de realizar aquellas actividades procesales que le permitan sostener una postura procesal determinada, así lo sostiene Cáceres Julca al afirmar que el derecho de defensa fundamenta la posición del inculcado en el proceso y se expresa en el conocimiento de los motivos o razones de la imputación típica, permitiendo al procesado alegar y justificar su propio derecho de una manera inmediata y a lo largo de él¹⁸. La actuación inmediata de este derecho es obligatoria desde la imputación que se le atribuye a alguien. Gimeno Sendra, es claro al precisar, que el derecho de defensa nace con la imputación, pues toda persona a quien se le imputa un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa¹⁹. El derecho a la defensa en juicio se trata de una garantía que –por estar relacionado a

16 Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

17 Artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

18 CÁCERES JULCA, Roberto E. *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 440.

19 GIMENO SENDRA, Vicente. Citado por VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 225.



la existencia de una imputación contra el ciudadano— se materializa desde el momento mismo en que la imputación aparece; es decir, incluso desde etapas previas al inicio del proceso penal (etapa policial e investigación fiscal)²⁰. Por ello, Binder señala que la defensa en juicio debe poder ser ejercida a lo largo de todo el proceso y, de manera particularmente intensa, durante la investigación, ya que las posibilidades de afectación de todas las garantías procesales se dan primordialmente en esta etapa²¹. Asimismo, añade el profesor argentino, que cualquier persona, por el solo hecho de que se le impute la comisión de un hecho punible, esta asistida por el derecho de defensa en toda su plenitud²². Entonces, el primer derecho que nace con la imputación es el derecho a la defensa y esta da paso a otros tantos derechos de las que goza el imputado. Nuestro Tribunal Constitucional, tampoco ha sido ajeno a este criterio jurídico, y establece que el derecho de defensa “debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio; de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación”²³.

Entonces podemos decir, que el derecho de defensa cumple, dentro del proceso penal, un papel particular: por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías; por la otra, es la garantía que torna operativas a todas las demás. Por ello, el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho a la defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano, porque es el único que permite que las demás garantías tengan una vigencia concreta dentro del proceso penal²⁴.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA

Entre el establecimiento de la imputación y el nacimiento del imputado, le genera el derecho a conocer que el Estado ha establecido escudos protectores legales que puede utilizar, si lo desea, para contrarrestar la per-

20 REYNA ALFARO, Luis M. y otros, citando a CAMPS ZELLER, José L. *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal “Derecho de Defensa”*. 1ª edición, ARA, Lima, 2009, p. 76.

21 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 162.

22 *Ibidem*, 156.

23 STC N 010-2002-AI/TC. FJ. 121.

24 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 155.

secución penal. En pocas palabras, el imputado tiene derecho a saber que tiene derechos. El artículo 71.2 ha considerado incluir a los Jueces, Fiscales y Policía Nacional el deber de hacerle saber de estos derechos de una manera comprensible e inmediata. El deber de cada uno, se enmarca sobre el despliegue de sus funciones en cada caso concreto. Así, tenemos que reposaría este deber en la Policía si son ellos los primeros en tener contacto con el imputado ya sea mediante una orden judicial de detención o por un estado de flagrancia delictiva; o por el Ministerio Público al momento de citarlo a declarar o ponerle en conocimiento mediante disposición de la imputación realizada en su contra; y del Juez quien debe verificar si ha existido una información sobre sus derechos y la imputación respectiva interrogando directamente al detenido, y si fue así, debe garantizar que esta información entregada al imputado haya sido realizada con la calidad de comprensión y entendiendo claro de la misma a efectos de que pueda decidir la estrategia de defensa que desee preparar que contrarreste la imputación atribuida.

Lamentablemente, en nuestra legislación, no ha fijado la utilidad de celebrar una audiencia para la formalización de la investigación preparatoria; a pesar que esta necesidad puede solucionar muchos problemas sobre la calidad de información que se le pueda dar al imputado de manera directa y personal concatena la definición de su situación jurídica desde la primera actuación fiscal debidamente formalizada y estrictamente controlada jurisdiccionalmente, lo que a la fecha, no ha existido voluntad para legislarla en nuestro sistema.

Entonces, si el Fiscal no necesitó citar al imputado dentro de sus diligencias preliminares, porque no es un requisito para satisfacer la procedibilidad de la denuncia y si considera que existe mérito para judicializar el proceso por haber individualizado al autor y obtenido evidencia suficiente para continuar con su investigación, la disposición de formalización de la investigación preparatoria se convertiría como el primer acto procesal que contendría, no solo la imputación clara y precisa de los hechos, las diligencias que dispone realizar dentro de la investigación preparatoria propiamente dicha y las tipificaciones específicas o alternativas sobre el hecho incriminado, sino a su vez, el catálogo de derechos fundamentales que contiene el artículo 71 que, como ya hemos advertido, han sido extraído de los principios y garantías detalladas de nuestra Constitución y, sobre todo, de los tratados internacionales de los cuales somos parte.

ÁMBITOS DEL DERECHO DE DEFENSA

Tradicionalmente se ha distinguido, en función de la naturaleza o clase de las personas que ejercitan la defensa, entre la denominada defensa material



o sustancial y la llamada defensa formal o técnica²⁵, si bien se trata de dos perfiles concurrentes, siendo el segundo, complemento necesario del primero²⁶. Al margen, de las normas en vigor y de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, reafirmadas por la práctica corriente, puede establecerse como principio general que todo imputado debe ser defendido en el proceso penal por un abogado y solo como excepción es dable admitir que el justiciable haga su propia defensa²⁷. Todo lo contrario es, en Chile, donde el Código admite la posibilidad de autodefensa, esto es, que el imputado asuma personalmente su defensa, excepto cuando la misma sea perjudicial para el propio interesado (artículo 102 inciso 4 CPP). En caso contrario, deberá designar libremente a un defensor de su confianza y, si carece de él, tendrá derecho a uno proporcionado por el Estado (defensor penal público)²⁸, es decir, si el juez decide que el imputado no es capaz de defenderse personalmente deberá designarle un defensor letrado, sin perjuicio de su derecho a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8²⁹; en Chile primera opción es la autodefensa, en cambio en nuestra legislación la autodefensa es aceptable pero es un derecho irrestricto e irrenunciable de que el imputado cuente con un abogado defensor desde el inicio de la investigación, es decir, desde que es citado o detenido³⁰. Horvitz menciona que esta norma no es sino la ratificación del concepto que al imputado corresponde, en primer lugar, el ejercicio de sus facultades defensivas y, *a su lado, no en su lugar*, actúa el defensor³¹.

Hay que recordar también que la defensa adquiere tres características fundamentales: es **pública**, porque a pesar de que defiende intereses privados del procesado, su accionar va encaminado a una finalidad de orden social; es **libre**, porque no admite restricción alguna salvo las establecidas por ley; y es **profesional**, porque es solicitada por determinada persona especialista en Derecho³². Cuando el Ministerio Público presenta su tesis, la defensa alega su an-

25 VALLESPÍN PÉREZ, David. *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Español*. Instituto Mexicano de Derecho Procesal, XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 566.

26 Ídem.

27 Cfr., VAZQUEZ ROSSI, Jorge E. *La Defensa Penal*. 3ª edición actualizada. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, p. 144.

28 HORVITZ LENNON, María I. *Derecho Procesal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 228.

29 *Ibidem*, p. 240.

30 Véase el artículo IX.

31 HORVITZ LENNON, María I. *Ob. cit.*, p. 340.

32 DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal. Parte general*. Pérez Pacussich, Lima, 1969, T. II, p. 20.

títesis, y la síntesis es la que el juez emite mediante una resolución, resolviendo lo debatido en ella; ergo, no podría existir síntesis si no hubiese existido antítesis³³. Es, por ello, que es importante que la defensa pueda utilizar todos los medios e instrumentos legales desde el inicio de las investigaciones, para así contrarrestar las pruebas de cargo que obtenga el fiscal dentro del proceso, que no solo ayuda a su patrocinado, sino también, a la justicia misma, pues las resoluciones que se emitan de ella, se realizará en base a esa igualdad de posibilidades que hayan podido tener las partes, de ofrecer pruebas, de objetarlas, o presentar cualquier otra solicitud paralela que ayude a fortalecer su propia teoría del caso en el juicio, es más, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental de defensa está considerado como la fuerza motriz del proceso; como la garantía suprema que atiende a su esencia misma, pues sin él no estaremos ante un verdadero proceso, toda vez que, ante su ausencia, no habrá contradictorio, siendo este un atributo principal de las partes sujetas al proceso³⁴. En definitiva, el derecho de defensa comprende, tanto la defensa material como la defensa técnica.

DERECHO A LA DEFENSA MATERIAL O LA AUTODEFENSA

La autodefensa en un conjunto de derechos que la ley concede al imputado para que por él mismo pueda hacer frente a los cargos que se le dirigen. Se trata del reconocimiento de una serie de derechos, todos ellos con rango constitucional que, por regla general, le asiste al momento de serle tomada declaración o cuando se le sujeta a cualquier acto de investigación³⁵.

Esta defensa material se concreta primordialmente a través de lo que se conoce como el “derecho a ser oído” o el “derecho a declarar en un proceso”³⁶. La declaración del imputado es el momento particular del proceso penal en el cual se ejerce el derecho de defensa. La declaración del imputado es la oportunidad que se le otorga a éste, en virtud del derecho constitucional de defensa en juicio, para presentar su versión de los hechos, ofrecer su descargo, proponer pruebas y establecer un contacto directo con las personas que tienen a su cargo la preparación de la acusación o directamente el juicio³⁷.

33 Carnelutti había desarrollado la tríada lógica de la acción como tesis, la defensa como antítesis y la decisión jurisdiccional como síntesis, en *Lecciones sobre el proceso penal*, 1950. Citado por VÁSQUEZ ROSSI. *La defensa penal*. Cit., p. 139.

34 Exp. 3062-2006-PH/TC-Huánuco, fundamento 4. 17/05/2006.

35 ASECIO MELLADO, José M. Ob. cit., p. 66.

36 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 156.

37 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 157; CÁCERES JULCA, Roberto E., advierte que la autodefensa y defensa material no son los mismos, de acuerdo a este autor la autodefensa es



La defensa material se ejercita mediante la declaración del imputado y esta debe ser entendida del modo más amplio posible. El imputado tiene derecho a declarar en cualquier instancia del proceso. Específicamente, tiene el derecho particular de declarar durante la instrucción –diligencia preliminar–, investigación o preparación de la acusación, puesto que ése es uno de los momentos procesales en que la defensa es más importante. Además, tiene el derecho de declarar cuantas veces quiera, dentro de lo razonable, durante el juicio³⁸. De ello entendemos que el imputado tiene el derecho a declarar cuantas veces quiere –lo que el nuevo Código Procesal Penal nos habla de ampliación– pero dentro de lo razonable. El imputado podrá declarar cuantas veces quiera, porque es él quien domina la oportunidad y el contenido de la información que desea introducir en el proceso³⁹. Pero como ya fue advertido, esto lo hará dentro de lo razonable. Nuestros legisladores reconocen que el imputado tiene el derecho absoluto de prestar declaración mas no su ampliación⁴⁰.

El imputado puede actuar de dos maneras para ejercer su derecho de defensa material, mediante la declaración –conducta activa– o guardando silencio –conducta pasiva–. En la declaración tiene el derecho a introducir válidamente al proceso la información que el imputado considera adecuada. Por lo tanto, solo si se considera la declaración como una de las manifestaciones del derecho del imputado a defenderse, se puede comprender que nadie puede ser obligado a declarar en su contra⁴¹.

ÁMBITOS DE LA DEFENSA MATERIAL

Entendemos que la declaración es “la defensa material” que por antonomasia puede ejercer el imputado. La declaración es un derecho y no una obligación del imputado, por ello, en su defensa material el imputado

la que ejerce el imputado por sí mismo. La autodefensa puede coincidir con la defensa material, así toda defensa material es siempre autodefensa, pero no toda manifestación de la autodefensa es defensa material. Ob. cit., p. 457.

38 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 157.

39 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 182.

40 Artículo 86. Momento y carácter de la declaración

1. En el curso de las actuaciones procesales, en todas las etapas del proceso y con arreglo a lo dispuesto por este código, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra. *Las ampliaciones de declaración procederán si fueren pertinentes y no aparezcan solo como un procedimiento dilatorio o malicioso.*

41 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 182.

puede optar por la libertad en su declaración; sea declarando, guardando silencio y no culparse o narrando falsamente el hecho acaecido de acuerdo a la garantía de no autoincriminarse. En ese sentido, la norma procesal penal no refiere en los casos en que el mismo imputado puede hacer uso no solo de su autodefensa material, sino a la misma vez, de su defensa técnica; al parecer, la norma procesal no ha deseado conferirle expresamente al imputado dicha carga legal, sino por intermedio de un letrado que, al igual que el Ministerio Público, podrá combatir con más equilibrio la contienda⁴²; aun así, podríamos considerar que el mismo imputado puede ser representado por sí mismo cuando, de su ejercicio profesional, se prevé que es un letrado en leyes y que no se vulnerará el principio de igualdad de armas entre el acusador y el acusado⁴³; es mas, el mismo Tribunal Constitucional ha entendido que ambas dimensiones del derecho de defensa –esto es, la material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y la formal, la que supone el derecho a la defensa técnica por parte de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso–, pueden ser ejercidas por un abogado que, al mismo tiempo, viene siendo procesado. Para ello, este letrado debe estar debidamente capacitado y habilitado conforme a ley, y, en particular, que no esté incurso en ninguno de los impedimentos previstos en los artículos 285, 286 y 287 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero no se podría considerar que al existir pluralidad de imputados, uno de ellos, siendo abogado, desee no solo representarse a sí mismo, sino también a uno o a todos los demás coimputados del mismo proceso⁴⁴.

La presión psicológica de un imputado dentro de cualquier estado procedimental no le permitirá defenderse con una visión clara y firme sobre alguna imputación en su contra; un defensor, en cambio, no se halla bajo esta presión, por la misma situación que no le temerá –pero sí el imputado– a algún perjuicio, como la determinación de una pena⁴⁵; pero el artículo 71.1

42 El Código Procesal Penal argentino, en su artículo 104, establece que el imputado puede defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa o no obste a la normal sustanciación del proceso.

43 Artículo I.3 del Título Preliminar. “Las partes intervendrán en el proceso con igualdad posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia”.

44 Exp. N° 1323-2002-HC/TC-Lima, del 09-07-2002.

45 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual. El nuevo sistema procesal penal*. LexisNexis. Santiago de Chile, 2005, p. 221.



establece que el imputado puede hacer valer por sí mismo –o a través de su abogado defensor– los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso, teniendo el imputado esa potestad de asumir su autodefensa tanto material como técnica, siempre y cuando sepa exactamente qué derechos le concierne, estando en calidad de imputado y que el conocimiento y ejercicio de este derecho es protegido no solamente por la norma procesal penal, sino por la misma Constitución Política del Perú⁴⁶ y por los tratados internacionales⁴⁷; es, por ello, que la norma ha previsto que para que estos derechos sean debidamente comunicados al imputado de manera inmediata y comprensible, deben dejar constancia bajo firma del propio imputado y la autoridad correspondiente.

Pareciera que, por un instante, el legislador dudó en otorgarle esta declaración de los derechos del imputado en la etapa preliminar sin que exista una constancia previa sobre esta comunicación; sería más que todo una doble protección, tanto por parte de la Policía Nacional como del mismo intervenido; pero lo más claro a esta observación es la desconfianza que aún subsiste entre los mismos sujetos procesales que temen por aplicar una nueva norma procesal sabiendo que los cambios culturales no se realizan radicalmente; y es que esta comunicación de los derechos del imputado –sabiéndolos o no– no deben convertirse en una simple constancia de lectura posterior, sino en la verdadera “comprensión” que obliga la misma norma por parte de la autoridad competente a favor del imputado.

LA DEFENSA TÉCNICA

La posibilidad de oponerse a la imputación, si bien corresponde primordialmente al sujeto pasivo del proceso, a quién incumbe el despliegue de la llamada defensa material, no puede escindirse de la defensa técnica, pues las previsiones legales y constitucionales parten de la base de que la efectividad del resguardo de los derechos del imputado solo puede cumplirse acabada-

46 Constitución Política del Perú. Artículo 139. “Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse con su defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

47 Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 7, 8 inc. 2; Declaración Universal de los Derechos Humanos: artículo 8, 9, 11.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 9 incisos 2, 4, 14.3.



mente mediante la concurrencia de un asesor letrado⁴⁸. Así el artículo 8.2.e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Así, el imputado debe ser asistido por un defensor letrado, es decir, por un abogado que, con su conocimiento de las leyes y del proceso, acrecienta sus posibilidades de defensa⁴⁹. Este derecho que consiste en garantizar la asistencia técnica de abogado, de elección y subsidiariamente nombrado de oficio, en todas las diligencias tanto policiales como judiciales donde su presencia sea preceptiva⁵⁰, guarda una íntima relación con el principio de contradicción, puesto que para que éste sea real no basta con el reconocimiento a las partes de la posibilidad de autodefenderse, sino que es necesario contar con asistencia técnica del abogado⁵¹.

LA POSICIÓN DEL ABOGADO DENTRO DEL PROCESO PENAL

Sobre la posición jurídica de la defensa se han ensayado dos teorías, una que la enfoca como un órgano independiente de la administración de justicia y otra que la categoriza como una representación exclusiva de los intereses del imputado; más allá de que se ha intentado hacer tropezar a la teoría de la defensa de interés de parte con la postulación de situaciones extremas en las que el defensor quedaría mal parado frente al capricho del imputado, entendemos que es esta la teoría que satisface más plenamente la necesidad de una clara división de roles y de juego autónomo de posiciones diferentes por los distintos sujetos procesales⁵².

Clariá Olmedo defiende la primera postura al señalar que “el interés público en la defensa del imputado debe orientar la actividad del defensor en toda sus manifestaciones. Esto evitará que se convierta en cómplice o encubridor del delito, o en protector de la delincuencia. Su misión más general es la de contribuir a la correcta obtención de los fines del proceso, lo que también lo perfila como auxiliar del tribunal con la limitación de no traicionar

48 FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALES, Pablo. *Garantías del Imputado*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2007, p. 295.

49 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 159.

50 VALLESPÍN PÉREZ, David, citando a ESPARZA LEIBAR, I. Ob. cit., p. 567. Opinión que comparte PEÑA CABRERA, R. Ob. cit., p. 357.

51 VALLESPÍN PÉREZ, David, citando a MONTERO AROCA, J. Ob. cit., p. 567.

52 FLEMING, Abel/ LÓPEZ VIÑALES, Pablo. Ob. cit., p. 297.



a su cliente”⁵³; dicha posición de la defensa es criticada por la misma doctrina al considerar que el defensor no es auxiliar del juez ni de la justicia, sino un asistente directo del imputado; en tal carácter, debe guiarse por los intereses y necesidades de la defensa de su cliente. Por ello, no cumpliría una función pública, sino que asesora a una persona en particular. Su misión y actuación, conforme a las reglas éticas, debe ceñirse a defender los intereses de ese imputado. En la medida en que lo haga, el defensor estará contribuyendo a que ese proceso responda a las exigencias del estado de derecho; y en este último consiste su función “pública” o “social”: su contribución, a través de la asistencia al imputado particular, a la legitimidad de los juicios en un estado de derecho⁵⁴. Así, como representante de los intereses de defensa del imputado, reconocidos legalmente, obligado a la parcialidad, él tiene una función procesal que ni el fiscal, ni el juez, ni el imputado pueden cumplir por sí mismos.

El abogado tiene el deber de velar por los intereses de su defendido, en función a ello, nos preguntaremos, entonces, ¿el defensor tiene la obligación de decir la verdad o puede mentir en resguardo de los intereses de su cliente? Roxin señala que con una mentira no se hace valer hechos de descargo, ni derecho alguno. El abogado no tiene la obligación de decir la verdad, como tampoco puede mentir en razón a la defensa de los intereses de su defendido; no podemos decir, como el imputado tiene derecho a mentir por ende este derecho se extiende al defensor, ya que este actúa en su representación de sus intereses. El privilegio de favorecimiento personal (el encubrimiento de sí mismo), es concebido solo para el imputado y no se extiende a su defensor, ya que la mentira del imputado reside en el plano de una exculpación excluyente de la punibilidad (que en ese caso conduce a la atipicidad), no en el plano de justificación. Distinto es el hecho de que el defensor pueda informar de forma neutral al imputado sobre la no punibilidad de las negaciones contrarias a la verdad y no podrá revelar las eventuales mentiras de aquel; resultando estas por un lado de sus deberes de asesoría jurídica y la segunda del deber de discreción, en relación de su defendido⁵⁵.

El defensor técnico, como asistente del imputado, tiene el derecho de participar –incluso automáticamente– en todos los actos del proceso. Su función principal consiste en seguir elementos de prueba a la administración de

53 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., Ob. cit. Citando a CLARÍA OLMEDO, J. Ob. cit., p. 357.

54 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 159. Del mismo parecer ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 134.

55 En ese sentido ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 136.

justicia o a los fiscales, en participar, de los actos donde se produce la prueba y controlar su desarrollo, y en interpretar la prueba y el derecho conforme a las necesidades del imputado⁵⁶.

EL DEFENSOR DE SU ELECCIÓN O CONFIANZA

El derecho a la defensa en juicio comprende el derecho a la asistencia letrada, reconocido expresamente en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, donde la persona “tiene derecho a comunicarse personalmente con su defensor de su elección”, siendo esto último repetido por el inciso 1 del artículo IX del nuevo Código Procesal Penal al precisar que la persona tiene derecho “a ser asistido por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio”. Para Reyna Alfaro, el ejercicio del derecho a contar con una asistencia letrada supone la posibilidad de elegir libremente al abogado encargado de la defensa del imputado, de sustituirlo y cambiarlo por otro de su libre elección, que este puede ejercer la defensa del imputado con unas mínimas garantías para el ejercicio de la defensa, así como la posibilidad de contar con uno de oficio⁵⁷. Una defensa óptima solo es posible sobre la base de una relación de confianza entre defensor e imputado. El legislador toma en cuenta esto, al concederle al imputado el defensor de su elección. Anteriormente se dijo que, en Chile, se permitía que en primera opción el imputado podía autodefenderse y prescindir de la asistencia del letrado; sin embargo, la ley establece la *obligatoriedad* de la defensa técnica en el procedimiento penal e impone que la designación del letrado tenga lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado (artículo 102 inciso 1 del CPP). El fundamento de la obligatoriedad de la defensa técnica tiene relación con la presunción de que el imputado no es capaz de resistir la persecución penal por sí solo, con excepción del caso, muy infrecuente en la práctica, en que se autoriza su autodefensa⁵⁸.

El imputado tiene el derecho –amplio, en principio– a la elección de su defensor. Se trata de un asistente “de confianza” y, por lo tanto, el imputado debe tener la mayor libertad posible para elegirlo. Es él quien debe controlar la calidad del defensor y quien debe admitirlo o no⁵⁹. En razón al derecho de elegir al abogado de su confianza, al imputado se le debe dar la oportunidad de que designe por sí mismo un abogado dentro de un plazo determinado, se

56 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 160.

57 REYNA ALFARO, Luis M., citando a DONAYRE MONTESINOS, Christian. Ob. cit., p. 92.

58 HORVITZ LENNON, María I. Ob. cit., p. 242.

59 BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 159.

puede prescindir de ello cuando es indispensable el nombramiento inmediato del defensor⁶⁰. Si no se concede un plazo prudencial para que designe su abogado y se le designa un defensor de oficio, se llegará a infringir lo regulado en el artículo IX de la norma procesal.

EL DEFENSOR PÚBLICO DEL ESTADO

El Estado tiene el deber de otorgar asistencia letrada gratuita al imputado conforme a la ley; porque así lo exige la defensa necesaria, es decir, durante el proceso debe estar presente un defensor para abogar por los intereses del imputado. Ese abogado que designa el Estado es el abogado de oficio lo que actualmente se conoce como la Defensa Pública del Estado. Ahora, este defensor no es excluido en ningún caso en virtud de la ley, ni puede ser rechazado por la fiscalía. Tampoco el acusado puede rechazar un defensor que se le ha nombrado; él solo puede elegir otro defensor y, de esta manera, lograr que el nombramiento deba ser revocado⁶¹. La confianza que rige entre el imputado y el abogado de su elección también debe estar presente en la relación entre el imputado y el defensor público. Sin embargo, si la relación de confianza entre el imputado y el defensor público está destruida por divergencias de opiniones sobre la conducción de la defensa o por una denuncia penal realizada por el defensor contra su mandante, se debe nombrar otro defensor a pedido de parte⁶². Por ejemplo: en Alemania cuando se solicita la exclusión de un defensor que está impedido de actuar en un procedimiento, de acuerdo a la legislación de Alemania, se realiza en audiencia oral para la que se debe citar al defensor y se debe informar al imputado y, de ordinario, a la junta directiva del Colegio de Abogados⁶³.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, José M. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

BELTRAN VARILLAS, Cecilia. *La Constitución Comentada. Análisis artículo por artículo*, Tomo II, (A.A.V.V.), Gaceta, Lima, 1ª reimpresión, 2006.

BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1ª reimpresión julio 2000.

60 CLAUS ROXIN. Ob. cit., p. 141.

61 CLAUS ROXIN. Ob. cit., p. 145.

62 CLAUS ROXIN. Ob. cit., p. 145. El autor advierte que en la legislación alemana si se le deniega el cambio de defensor a pedido de parte, procede la casación.

63 CLAUS ROXIN. Ob. cit., pp. 147-149.



CÁCERES JULCA, Roberto E. *Comentarios al Título Preliminar del Código Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2008, p. 440.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual. El nuevo sistema procesal penal*. Lexis-Nexis. Santiago de Chile, 2005.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho procesal penal*. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1998, T. II.

DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal. Parte general*. Pérez Pacussich. Lima, 1969, T. II.

FLEMING, Abel/LÓPEZ VIÑALES, Pablo. *Garantías del Imputado*. 1ª ed., Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 2007.

HORVITZ LENNON, María I. *Derecho Procesal Chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Aranzadi, Navarra, 2004.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, 1ª edición. RODHAS. Lima, noviembre, 2011.

REYNA ALFARO, Luis M., y otros, citando a CAMPS ZELLER, José L., *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal "Derecho de Defensa"*. 1ª edición. ARA, Lima, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

VALLESPÍN PÉREZ, David, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal Español". Instituto Mexicano de Derecho Procesal, XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *La Defensa Penal*. 3ª edición. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.

VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *La Defensa Penal*. 3ª edición actualizada. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996.

VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Citando a VAZQUEZ ROSSI, en: "El Surgimiento del Estatus de Imputado: a propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica", *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 22, Lima abril, 2011.



TÍTULO III LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 90. Incorporación al proceso

Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del Fiscal.

Artículo 91. Oportunidad y trámite

- 1. El requerimiento del Fiscal se producirá una vez cumplido el trámite estipulado en el artículo 3. La solicitud deberá ser formulada al Juez de la Investigación Preparatoria hasta antes de darse por concluida la Investigación Preparatoria. Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.*
- 2. El trámite que seguirá el Juez Penal para resolver el pedido será el estipulado en el artículo 8, con la activa intervención de la persona jurídica emplazada.*

Artículo 92. Designación de apoderado judicial

- 1. Una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial. No podrá designarse como tal a la persona natural que se encuentre imputada por los mismos hechos.*
- 2. Si, previo requerimiento, en el plazo de cinco días, no se designa un apoderado judicial, lo hará el Juez.*

Artículo 93. Derechos y garantías

- 1. La persona jurídica incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado.*
- 2. Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido formalmente incorporada en el proceso, no obstaculiza el trámite de la causa, quedando sujeta a las medidas que en su oportunidad pueda señalar la sentencia.*



COMENTARIO:

**LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS Y
EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004**

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA*

Resumen

La dimensión delincencial de las personas jurídicas demanda una reacción social eficaz y oportuna con los mismos grados de desvalor, punibilidad y sanción aplicado a las personas físicas, por lo que la inclusión en el Código Procesal Penal de 2004 de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal son de gran importancia. Teniendo en cuenta ello, se presenta en el texto, una visión general de la doctrina sobre el tema, para luego detenerse a estudiar la normatividad peruana en lo referente al emplazamiento procesal de la persona jurídica, a su incorporación en el proceso, a los derechos y garantías procesales y a las medidas cautelares que se pueden aplicar a las personas jurídicas, entre otros temas.

Palabras clave: Persona jurídica, consecuencias accesorias, Código Procesal Penal de 2004.

Abstract

The criminal dimension of the legal people demands an effective and oportune social reaction with the same degrees of "desvalor", punishment and sanction applied to the physical people, reason why the inclusion in the Penal Procedural Code of 2004 of the accessory consequences applicable to the legal people in the penal process is extremely important.

Keeping that in mind, it is been presentes a general vision of the doctrine on the subject, after which it is studied the Peruvian normativity refered to the procedural emplazamiento of the legal person, to its incorporation in the process, the procedural rights and guarantees and the precautionary measures that can be applied to the legal people, among others subjects.

Keywords: Legal entity, accessory consequences, Penal Procedural Code of 2004.

1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL PROCESO PENAL

En los inicios del tercer milenio, la responsabilidad penal de la propia persona jurídica continúa siendo un tema controvertido en la doctrina. No

* Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.



obstante, en el derecho comparado y en la teoría dogmática, las posiciones antagónicas tradicionales tienden a flexibilizarse y a desarrollar posiciones intermedias o focalizadas que de modo directo o indirecto, razonan sobre la necesidad de reconocer la relevancia penal del accionar funcional de las personas jurídicas¹.

Cabe reconocer que en la asimilación y exposición de esta nueva tendencia, han aportado importante influencia las interpretaciones del funcionalismo radical². También, ha sido determinante el acercamiento e integración normativa ocurrida entre los modelos jurídicos euro-continenciales y anglosajones, principalmente en el contexto de la Unión Europea³. Además, el surgimiento de una dogmática especial o complementaria para sustentar la imputación penal de la propia persona jurídica ha demostrado la inconsistencia de muchos dogmas individualistas⁴. Pero, quizás, el soporte irrefutable de todos estos cambios de enfoque haya sido, sin lugar a dudas, el reiterado dato criminológico sobre la activa presencia de una criminalidad organizada, asociada o beneficiada con la dinámica organizacional y operativa de las personas jurídicas.

La confluencia, pues, de todos esos factores, tiende a consolidar una estructura formal más receptiva a una realidad material ampliamente conocida en la Criminología y en la Criminalística contemporáneas, esto es, que hoy en día se hace más evidente que *societas delinquere potest*.

En consecuencia, la dimensión delincencial de las personas jurídicas de nuestro tiempo, demanda una reacción social eficaz y oportuna con los mismos grados de desvalor, de reproche, de punibilidad y de sanción que desde el iluminismo se han formulado y aplicado a las personas físicas que delinquen.

Ha quedado, pues, al descubierto, que el principio *societas delinquere non potest* solamente representa en la actualidad una etapa de la evolución social, política y jurídica plenamente superada⁵. Por consiguiente, sus bases y

-
- 1 TIEDEMANN, K. "Responsabilidad Penal de las personas jurídicas". En *Anuario de Derecho Penal* 96, p. 101 y ss.
 - 2 BACIGALUPO, S. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del Derecho Penal". En: *La Responsabilidad de las Personas Jurídicas, órganos y representantes*. Lima. ARA, 2002, p. 100 y ss.
 - 3 ZÚÑIGA, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 2ª Ed. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 150 y ss.
 - 4 ZUGALDÍA ESPINAR, J. "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica". En *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Lima. ARA Editores, 2006, p. 506 y ss.
 - 5 PRADEL, J. "La responsabilidad penal de la persona moral". En *Anuario de Derecho Penal* 96, p. 76 y ss.

repercusiones dogmáticas no deben entenderse en el presente como infranqueables o absolutamente incompatibles con las necesidades emergentes de una sociedad del riesgo, de la globalización y de la cibernética. Por tanto, si en este contexto las personas jurídicas sirven para cometer delitos o para facilitarlos o encubrirlos, no cabe otra posibilidad que controlar y sancionar penalmente sus actividades ilícitas.

A la tradición dogmática no le queda, pues, mayor alternativa que el adaptarse a esa nueva realidad y necesidad, no eludirla ni obstaculizar su tratamiento. La fina ironía de Zugaldía Espinar grafica ese destino de la siguiente manera: “Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”⁶.

De allí que la vía intermedia que decidió el legislador peruano frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta, aún con sus limitaciones y defectos, oportuna y adaptable para las demandas político-criminales del presente. Corresponde, por tanto, a la doctrina y a la jurisprudencia nacional ir orientando los términos de atribución de esa propia responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciéndola compatible con las garantías procesales y penales que reconoce un Estado Social y Democrático de Derecho. Como ha requerido García Aran, la tarea del futuro deberá ser superar los vacíos e incertidumbres de la legislación vigente, mediante la reinterpretación posible de las categorías dogmáticas existentes o adoptando a partir de ellas nuevos enfoques compatibles con la necesidad de reprimir penalmente la delictuosidad de los entes colectivos: “El avance del Derecho Penal en su adecuación a los nuevos sujetos colectivos no puede convertirse en un retroceso para los conceptos propios de la responsabilidad penal individual, que no debería admitir matizaciones ni readecuaciones de sus tradicionales límites subjetivos y garantizadores, ante el embate de los argumentos de la eficacia. Por tanto, el nuevo Derecho Penal de las personas jurídicas, se encuentra junto al derecho penal tradicional, sin ninguna razón para sustituirlo”⁷.

Sin embargo, en el escenario procesal, la polémica sobre la responsabilidad penal de las personas morales mantiene un equilibrio de posiciones que conecta las vías de acceso, con los ritos procesales y con el tipo de consecuencias jurídicas que deben ejecutarse en la persona jurídica. En este con-

6 Citado por TIEDEMANN. Ob. cit., p. 111.

7 GARCÍA ARÁN, M. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal Económico*. Universidad de A Coruña. Betanzos, 1998, p. 56.



texto, pues, se discute sobre los modelos procesales más idóneos para viabilizar, con las garantías y derechos pertinentes, la presencia y la intervención del ente colectivo; así como la identificación de las partes legitimadas y de las características fundamentales de la dinámica contradictoria de un juicio donde se deba debatir sobre la responsabilidad penal de una persona jurídica.

En el derecho comparado, se suele considerar a Francia y a los Estados Unidos como los países que han aportado las más importantes iniciativas para la configuración de disposiciones procesales para el juzgamiento de la persona jurídica. En cambio, otros sistemas jurídicos como el alemán han optado por adoptar normas de reflejo analógico, que se utilizan solo en los casos en que el ente colectivo pueda ser afectado por una sentencia penal⁸.

Por su parte, en España, el propio artículo 129 al tratar de la aplicación de las consecuencias accesorias advierte que ellas requieren de audiencia previa para que la persona jurídica pueda alegar lo que le sea favorable: "El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias...".

En lo que atañe a nuestro sistema jurídico, todo parece indicar que hay significativo consenso en la doctrina, en torno a que las consecuencias accesorias al ser sanciones penales, con independencia de la naturaleza específica que se les pueda asignar, deben aplicarse en el marco de un proceso penal con todas sus garantías. Por consiguiente, pues, la persona jurídica que sea emplazada para comparecer ante la autoridad judicial, podrá ejercer plenamente su derecho de defensa y exigir la prevalencia de su "presunción de inocencia".

Esto es, según nuestra legislación constitucional y sustantiva, la persona jurídica debe emerger como un nuevo sujeto pasivo de la relación jurídico procesal penal. Ya no para afrontar eventuales responsabilidades indemnizatorias directas o subsidiarias, sino para enfrentar imputaciones directas o acumulativas sobre la realización de un hecho punible, que puede concluir con la aplicación para ella de una sanción penal o consecuencia accesoria. Como veremos más adelante, esta posición ha sido plenamente asumida por el Código Procesal Penal de 2004.

Sin embargo, al igual que en la literatura especializada extranjera, subsisten entre los juristas nacionales algunas dudas. Por ejemplo, sobre la vía procesal que debe transitar el ente colectivo. Esto es, si el proceso penal in-

8 ESPINOZA GOYENA, J. "La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal". En *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima. Palestra, 2005, p. 309 y ss.



coado contra la persona jurídica debe comprenderla solo a ella, o si deben concurrir en él la persona jurídica conjuntamente con las personas físicas imputadas. Esta y otras cuestiones procesales son, a decir de Tiedemann, “de una importancia innegable para decidir a favor o en contra de la introducción de la responsabilidad penal de las agrupaciones”⁹.

Con relación al problema enunciado, la tendencia mayoritaria plantea la realización de un proceso penal unitario aunque con cargos y requerimientos diferenciados, en función de la naturaleza del sujeto pasivo procesal y de las necesidades específicas del *thema probandum*. El Código Procesal Penal de 2004 ha optado también por esta alternativa¹⁰.

Ahora bien, si hay acuerdo pleno, entre nuestros juristas, con relación a que el legislador nacional solo se refiere a personas jurídicas del sector privado, como potenciales sujetos pasivos de las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal. En ese sentido, se ha sostenido lo siguiente: “En cuanto al alcance del término persona jurídica, se discute si dicho término abarca tanto a las personas jurídicas de derecho privado como a las de derecho público. Si bien el artículo 105 del Código Penal no precisa nada al respecto, una lectura completa de dicho artículo debe llevar a limitar necesariamente el ámbito de aplicación a las personas de derecho privado. En efecto, cuando el artículo 105 del texto punitivo enumera las consecuencias accesorias aplicables las refiere a las formas jurídicas de las personas jurídicas de derecho privado (sociedades, asociaciones, fundaciones, cooperativas o comités) y no, más bien, a las de las personas jurídicas de derecho público”¹¹.

No obstante, la forma de comparecencia en juicio de la persona jurídica es todavía un tema de discusión. En este nivel, el planteamiento predominante admite que la persona jurídica debe concurrir al proceso a través de un representante legal o funcional quien podrá ejercer todos los derechos que corresponden a un sujeto pasivo legitimado. Además, que la persona jurídica para su actuación representada debe contar con iguales garantías procesales que las reconocidas a la persona natural procesada. En consecuencia, pues, el ente colectivo con independencia de su representación en juicio deberá de contar con una defensa técnica que tenga facultades para interrogar y

9 TIEDEMANN, K. “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. En *Anuario de Derecho Penal* 96, p. 121.

10 ESPINOZA GOYENA, J. “La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal”. En *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima. Palestra, 2005, p. 314.

11 GARCÍA CAVERO, P. “Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el Proceso Penal Peruano”. En *Revista de Derecho*. Universidad de Piura. Vol. 7, 2006, p. 114.

contrainterrogar, así como para aportar medios probatorios e impugnar resoluciones.

Sin embargo, para un sector minoritario de la doctrina nacional los derechos que ejerce la persona jurídica en el proceso, a través de su representante, tendrían algunas limitaciones. Con relación a ello ha precisado García Cavero: "... el Código Procesal Penal le reconoce a la persona jurídica todos los derechos y garantías del imputado, aunque en el segundo párrafo permite que se le imponga las consecuencias accesorias en rebeldía o falta de apersonamiento. Si bien el reconocimiento de estos derechos debe entenderse en un sentido amplio, es decir, como espacios de participación en las diversas etapas del proceso, debe quedar en claro que la persona jurídica no es, en sentido estricto un imputado, no extendiéndosele ciertas garantías o beneficios exclusivos del imputado, por ejemplo, el derecho a poder mentir sobre su responsabilidad penal sin que ello conlleve un delito de perjurio o falsedad. En ese sentido, el apoderado judicial de la persona jurídica no podrá eximirse de responsabilidad penal si es que en sus argumentos de defensa utiliza dolosamente datos falsos"¹².

Con relación al derecho español, la doctrina, en cambio, no admite ninguna restricción a la defensa de la persona jurídica. Como sostiene Zugaldía Espinar: "La aplicación del artículo 129 del CP exige, no solo la previa audiencia de los representantes legales de la persona jurídica, sino que la misma haya sido parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado"¹³.

Finalmente, se ha polemizado también sobre la posibilidad de aplicar medidas cautelares a las personas jurídicas durante el proceso. Para unos, esta posibilidad podría traer perjuicios irreparables a la persona jurídica si ella, por ejemplo, está dedicada a actividades empresariales. Se sostiene, en relación con ello, que en tales casos, las medidas cautelares pueden debilitar la presencia de la empresa procesada en el mercado o retraer sus acreencias financieras. Otros, en cambio, admiten plenamente el uso de consecuencias accesorias con fines cautelares, siempre que su aplicación esté sujeta a los principios generales de legalidad, necesidad, temporalidad y proporcionalidad. En el artículo 129 del Código Penal español, si se autoriza el uso cautelar

12 Ob. cit., p. 118.

13 ZUGALDÍA ESPINAR, J. "Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica". En *El Derecho Penal Contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Lima. ARA Editores, 2006, p. 511.



de las consecuencias accesorias, sin embargo, dicho dispositivo omite consignar cuales son los presupuestos y requisitos procesales para ello¹⁴.

En atención a los criterios y tendencias expuestos resultaba insoslayable, la necesidad de contar con un derecho procesal penal que regule todos los aspectos abordados y supere las carencias existentes en el artículo 105 del Código Penal. La tarea futura de los especialistas será, justamente, la de construir las bases, procedimientos y límites que definan y delinee ese nuevo espacio procesal. En gran medida, este reto se ha asumido y concretado en las propuestas contenidas en el Código Procesal Penal de 2004 y que examinaremos a continuación.

2. LA PERSONA JURÍDICA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

Comencemos por señalar que, en principio, parecía obvio que correspondía al Código Procesal Penal de 1991, establecer las normas procesales que instrumentalizarían la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal. Sin embargo, el legislador de aquel entonces prefirió abstenerse de incluir disposiciones al respecto. Una omisión semejante se detectó entre los Proyectos de Código Procesal Penal de 1995 y 1997, los cuales priorizaron la voluntad legislativa de consolidar un nuevo esquema procesal de tipo acusatorio. En este contexto, pues, no hubo preocupación legislativa por distinguir y reglamentar las implicancias procesales específicas que derivaban de las disposiciones del Código Penal de 1991, que se referían a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas.

Durante todo este tiempo, tampoco la jurisprudencia se planteó problemas y propuestas en torno al requerimiento procesal de las consecuencias accesorias. Solamente un sector de la doctrina, como ya se ha mencionado, demandó reiteradamente la formulación de reglas procesales apropiadas para la imposición de esta clase de sanciones.

Es a partir del Proyecto de Código Procesal Penal de 2003, que la legislación procesal buscó superar tan notoria carencia normativa. Esta nueva actitud ante las consecuencias accesorias, fue encaminando al legislador peruano hacia la opción reguladora que se plasmó en el Título III, de la Sección IV, del Libro Primero del Código Procesal Penal promulgado el 28 de julio de 2004.

Efectivamente, el nuevo marco normativo procesal nacional incorporó, con coherencia y sentido práctico, a través de los artículos 90 a 93, las reglas

14 ESPINOZA GOYENA, J. "La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal". En *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima. Palestra, 2005, p. 311.



que daban legitimidad a las personas jurídicas para intervenir directamente en la actividad procesal, cada vez que fuesen emplazadas como sujeto pasivo de una imputación que les creará la posibilidad de ser sancionadas con consecuencias accesorias.

2.1. La fuente legal

El mencionado *Título III* expresamente es denominado “Las Personas Jurídicas”. De esta manera, el Código Procesal de 2004 quiere indicar con precisión ideográfica que las normas que allí se integran se refieren a un nuevo sujeto procesal constituido por personas jurídicas.

Ahora bien, el origen de dicha denominación y articulado no ha sido destacado por la Exposición de Motivos. Sin embargo, queda claro, por mera comparación normativa, que el Código Procesal Penal chileno de 2000, de tanta influencia en el Código Procesal Penal nacional de 2004, no ha ejercido en este nivel influjo alguno. Al parecer, la fuente legal del título que analizamos sería el derecho penal y procesal penal europeo, particularmente la legislación alemana y española. En ese sentido, Espinoza Goyena ha sostenido lo siguiente: “Es importante señalar también como antecedente relevante al tema que nos ocupa, la Ordenanza Procesal Alemana, pues su artículo 444.1 establece una serie de reglas aplicables por analogía cuando en el proceso penal se deba decidir sobre la determinación de una multa contra una persona jurídica o contra una asociación. Entre ellas es de destacar la disposición que impone la obligación del tribunal para emplazar a su representante a participar en el proceso, pudiendo este prestar objeciones, interrogar, ser interrogado, ser defendido por abogado, conocer la acusación, impugnar las resoluciones y en definitiva tiene las mismas prerrogativas que le corresponden a un acusado”¹⁵.

2.2. Ubicación y morfología normativa

Como ya se había mencionado, el sistema de normas relativas a la persona jurídica y a su rol en el proceso penal se encuentran comprendidas entre los artículos 90 a 93. Cada una de estas normas aborda aspectos específicos vinculados con la capacidad procesal, los derechos y garantías reconocidos a la persona jurídica, así como a la actividad procesal

15 ESPINOZA GOYENA, J. “La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal”. En *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima. Palestra, 2005, p. 309 y ss.



que ella puede desplegar. En concreto, la morfología interna del Título III es la siguiente:

- El artículo 90 está dedicado a identificar a las personas jurídicas que pueden ser sujetos procesales de imputación y a su emplazamiento procesal.
- En el artículo 91 regula la oportunidad y tramitación del emplazamiento e incorporación procesal de la persona jurídica sujeto de imputación.
- La disposición normativa del artículo 92 se refiere a la representación procesal de la persona jurídica en el proceso.
- Y el artículo 93 detalla los derechos y garantías procesales que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal, así como lo concerniente a los casos de rebeldía procesal.

Pero además, el Código Procesal Penal de 2004 regula también otro espacio procedimental de relación normativa entre las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 105 del Código Penal de 1991. Nos referimos a las disposiciones que rigen la utilización de tales sanciones en calidad de medidas coercitivas de carácter preventivo. Es el artículo 313 el que se ocupa de todo ello. Este numeral está ubicado en el Título IX de “Otras Medidas Reales”, que corresponde sistemáticamente a la Sección III sobre “Las Medidas de Coerción Procesal”.

A continuación haremos un breve análisis dogmático sobre el contenido y los alcances de cada uno de estos artículos.

- El Emplazamiento Procesal de la Persona Jurídica (artículo 90).

El artículo 90 precisa cuales son las razones fácticas y legales que autorizan el emplazamiento y la incorporación formal de una persona jurídica en un proceso penal. Al respecto, el presupuesto esencial que define dicha norma alude a la aplicación potencial al ente colectivo de alguna de las consecuencias accesorias que contemplan los artículos 104 y 105 del Código Penal.

De esta manera, pues, se reconoce a la persona jurídica la condición procesal de parte pasiva. Sin embargo, como señala la doctrina nacional, el mérito de esta decisión legislativa radica en la integración en un mismo espacio procesal del debate sobre la responsabilidad penal de la persona natural imputada y de la que pueda alcanzar a la persona jurídica, a la cual, también, se atribuye vinculación con el hecho punible sujeto a investigación o juzgamiento. “En efecto, con esta norma queda claro que las sanciones a las personas jurídicas, así como las correspon-

dientes medidas cautelares deberán dilucidarse en el mismo proceso penal que en el seguido a la persona física”¹⁶.

La disposición que comentamos, además, concede al Fiscal legitimación exclusiva para requerir a la autoridad judicial dicho emplazamiento e incorporación procesal.

- Oportunidad y Trámite de la Incorporación Formal de la Persona Jurídica al Proceso (artículo 91).

En el artículo 91, el legislador precisa la ocasión y el procedimiento a seguir para la inclusión formal de la persona jurídica en el proceso penal incoado.

Al respecto, el citado numeral señala que la solicitud del Fiscal a la que se alude en el artículo 90, se formulará luego que se halla realizado ante el juez de la investigación preparatoria la comunicación del representante del Ministerio Público, dando a conocer su decisión de continuar con sus investigaciones. La solicitud, en todo caso, deberá presentarse hasta antes de declararse concluida la investigación preparatoria.

El artículo que comentamos detalla también, en su segundo párrafo, cuales son las exigencias de identificación que deberá cumplir toda solicitud fiscal de incorporación procesal de una persona jurídica.

Al respecto, la ley demanda la consignación expresa de los siguientes datos de referencia:

- a) La identificación expresa de la persona jurídica (razón social, naturaleza, etc.)
- b) El domicilio de la persona jurídica (sede matriz o filiales)

Además, el pedido debe justificarse señalando los hechos que relacionan a la persona jurídica con el delito materia de investigación. Se debe, pues, establecer una “cadena de atribución” que conecte a la persona jurídica o a sus órganos con acciones de facilitación, favorecimiento o encubrimiento del hecho punible. Y, consecuentemente, se deberá, en base a lo anterior, desarrollar una fundamentación jurídica de la razón inclusiva del ente colectivo en el proceso.

En cuanto a la tramitación que deberá darse a la solicitud, el artículo que comentamos dispone que deben observarse, analógicamente, los mismos pasos y etapas de procedimiento que corresponden a la trami-

16 ESPINOZA GOYENA, J. “La persona jurídica en el nuevo Proceso Penal”. En *El Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Lima. Palestra, 2005, p. 315.



tación de las cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones. Los cuales están regulados por el artículo 8. Siendo así, y de modo esquemático, el trámite de la solicitud fiscal seguiría el curso siguiente:

1. El juez de la investigación preparatoria luego de admitir el pedido, dentro del tercer día lo notificará a los demás sujetos procesales y a la persona jurídica que ha sido requerida. En la notificación se señalará fecha y hora para la realización de la audiencia correspondiente.
 2. El día y hora acordados se realizará la audiencia con quienes hayan concurrido. El representante del Ministerio Público deberá acompañar el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez de la investigación preparatoria.
 3. Instalada la audiencia, el Juez de la investigación preparatoria escuchará en primer término al Fiscal. Luego hará lo propio con los demás sujetos procesales (abogados de la defensa, del actor civil, del tercero civil), y por último, escuchará a la defensa de la persona jurídica.
 4. Los sujetos mencionados harán, a su respectivo turno, referencia y/o contradicción a los elementos de convicción que se han acompañado en la solicitud o que se encuentran incorporados en el expediente fiscal.
 5. Si el imputado concurre a la audiencia intervendrá luego que lo hayan hecho todos los demás concurrentes.
 6. Escuchados los concurrentes, el Juez de la investigación preparatoria resolverá sobre la petición fiscal de inmediato o podrá hacerlo dentro de los dos días siguientes. Ahora bien, solo excepcionalmente el Juez de la investigación preparatoria podrá retener el expediente fiscal, hasta por 24 horas, para resolver a su vista la solicitud.
 7. La resolución judicial que se emita tendrá la forma de auto y deberá estar debidamente fundamentada.
- La Representación Procesal de la Persona Jurídica (artículo 92)
- La representación procesal de la persona jurídica emplazada e incorporada al proceso, está regulada por el artículo que ahora comentamos. En relación a ello, la norma establece que el órgano social de la persona jurídica debe designar un apoderado judicial. Sin embargo, y atinadamente, la ley también dispone que dicha designación no podrá recaer, en ningún caso, en una persona natural que como tal esté igualmente comprendida como procesada en la misma investigación. Esto es, que

comparta la imputación de los mismos hechos que han determinado la incorporación procesal de la persona jurídica. Esta decisión normativa resulta plenamente justificada, por la necesaria incompatibilidad de intereses que se daría entre ambos sujetos pasivos de la imputación.

El artículo 92 otorga, además, un plazo de 5 días para que el órgano social de la persona jurídica cumpla con designar al representante judicial de esta. Ahora bien, si al vencimiento del plazo mencionado no se designó al representante del ente colectivo, el Juez de la investigación preparatoria procederá a designarlo. Sin embargo, no queda claro si a dicho representante debe escogerlo la autoridad judicial a su libre elección; o si, por el contrario, el órgano jurisdiccional queda limitado a elegirlo entre los representantes y órganos de la persona jurídica emplazada. Esto es, si cabe que el Juez delegue tal representación en un tercero totalmente ajeno a la persona moral.

Sobre el particular, y a pesar de que la ley no lo autoriza ni prohíbe expresamente, consideramos que la elección de un tercero no parece ser lo más conveniente para los intereses procesales y para los objetivos de defensa de la persona jurídica. Por consiguiente, somos de la opinión de que la norma debe interpretarse dando la opción de que los potenciales elegidos sean únicamente los órganos representativos del ente colectivo.

En todo caso, la elección de un tercero como representante debe quedar como una opción subsidiaria. Esto es, ella deberá ser excepcional y solo cuando la totalidad de aquellos órganos de la persona jurídica se encontraran procesados en su calidad de personas naturales. No obstante, aún en este supuesto límite estimamos que el Juez debería preferir, por ejemplo, a un socio caracterizado que podría ser propuesto por la Junta de Accionistas.

– Derechos y Garantías Procesales de la Persona Jurídica (artículo 93)

El artículo 93 define los derechos y garantías procesales que se le reconocen a una persona jurídica que ha sido incorporada como imputada en un proceso penal.

Esta amplia opción garantista elegida por el Código de 2004, coincide plenamente con los planteamientos sugeridos por la doctrina especializada. Además, se alinea con los principales modelos normativos adoptados en la legislación extranjera de la materia.

En concreto, la legislación nacional otorga a la persona jurídica procesada, en tanto resulten compatibles con su naturaleza, los mismos dere-



chos y garantías que le son reconocidos a una persona natural que tiene la condición de imputado.

En consecuencia, pues, todas las exigencias que corresponden e integran un debido proceso legal deben quedar suficientemente garantizadas para la persona jurídica imputada. Principalmente, debe reconocérsele el derecho a una defensa activa, a la postulación probatoria, a la posibilidad irrestricta de contradicción procesal, así como a la impugnación de toda resolución que estime agravante.

Por lo demás, resulta evidente que el origen básico de todos estos derechos y garantías, lo constituye lo que podríamos llamar la presunción de inocencia de la persona jurídica, o lo que pueda asignársele como denominación equivalente.

Ahora bien, en el inciso 2 del artículo 93, también se regula una situación especial que equivale a un estado procesal de contumacia o rebeldía de la persona jurídica procesada.

La norma citada alude igualmente a una falta de apersonamiento. No queda claro si con ello se está haciendo mención a un estado procesal análogo al de la ausencia procesal de una persona natural imputada. Aunque esta última situación parece quedar descartada, ya que, más adelante, la misma disposición predica que la persona jurídica solo incurriría en los mencionados estados luego de su incorporación formal al proceso. Sin embargo, cabe recordar que esa incorporación puede hacerse aún sin la presencia de la representación de la persona jurídica. Efectivamente, conforme al artículo 8, la audiencia de solicitud de incorporación, puede llevarse a cabo solo con los que concurran a ella. Por tanto, la persona jurídica podría quedar incorporada al proceso aún cuando su representación no haya asistido a la audiencia programada por el Juez de la investigación preparatoria.

Lo que si resulta deducible del tenor del artículo que analizamos, es que la rebeldía procesal de la persona jurídica en ningún caso va a detener o suspender la continuación de la secuencia del proceso.

De *lege lata*, tal vez se deben considerar, para superar estos vacíos e incertidumbres, los mismos criterios que se adoptan en el caso del imputado que es persona natural. De adoptarse este planteamiento, la consecuencia sería que en los casos de contumacia o "ausencia" de la persona jurídica imputada, no se le podrían aplicar consecuencias accesorias, aún cuando en el proceso se haya acreditado su conexión con el delito *sub judice*. Ante tal situación procesal, el juez debería entonces



reservar en la sentencia el pronunciamiento definitivo sobre la persona jurídica.

Por consiguiente, pues, las medidas que puede disponer la autoridad judicial en la sentencia contra la persona jurídica contumaz, solo tendrán un carácter cautelar (ubicación de representantes, vigilancia judicial de instalaciones, etc.). Sin embargo, de todas estas medidas la persona jurídica rebelde podrá apelar.

- Las Consecuencias Accesorias como Medidas Cautelares (artículo 313).

Finalmente, el artículo 313 del Código Procesal de 2004 norma la aplicación de las consecuencias accesorias como medidas de cautela procesal. De esta manera, pues, se supera un notable vacío en la legislación nacional. Cabe recordar, que ni en el Código de Procedimientos Penales ni en el Código Procesal Penal de 1991 se consideraron disposiciones similares.

Es más, como lo ha destacado Zuñiga Rodríguez, a diferencia del Código Penal Español de 1995, el artículo 105 del Código Penal Peruano de 1991 no contemplaba expresamente la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias como medidas cautelares¹⁷.

Únicamente, se había considerado dicha función procesal en el artículo 314 del Código Penal, pero únicamente para el supuesto de actividades ilícitas contaminantes. Efectivamente, para tales casos se autorizaba aplicar medidas cautelares de suspensión de actividades y de clausura definitiva o temporal de establecimientos. Sin embargo, la redacción de dicho artículo según los comentaristas nacionales, fue defectuosa porque de manera incoherente asimilaba al régimen transitorio de las medidas cautelares a la clausura definitiva de locales. Al respecto, somos de la opinión que en tanto no entre en vigencia nacional el Código Procesal de 2004, los Jueces deben limitarse a disponer únicamente medidas de clausura temporal¹⁸.

Por lo demás, el nuevo Código adjetivo incluye un amplio conjunto de medidas cautelares, que podrán aplicarse a la persona jurídica imputada. Entre ellas destacan las siguientes:

-
- 17 ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Las consecuencias accesorias Aplicables a las personas jurídicas del Artículo 105 CP: Principales Problemas de Aplicación". En *Anuario de Derecho Penal 2003*, p. 501.
 - 18 CARO CORIA, D. *La protección penal del ambiente*. BMU. Serie Tesis Seleccionadas. Lima. 1995, p. 355. Julio César Espinoza Goyena. *La Persona Jurídica en el Nuevo Proceso Penal. Estudios Fundamentales*. Ob. cit., p. 328.

- Clausura de locales
- Suspensión de actividades
- Nombramiento de administrador judicial
- Sometimiento a vigilancia judicial
- Inscripción registral del procedimiento penal incoado

En cuanto a presupuestos y requisitos para imponer cualquiera de estas medidas, la ley demanda en lo esencial que coexistan elementos de convicción o suficiencia probatoria de la realización de un delito, así como sobre la vinculación de la persona jurídica imputada con él.

Además, deben sopesarse también la urgencia o necesidad de poner fin a los efectos lesivos del delito, así como el control idóneo de la presencia objetivable de un concreto peligro procesal.

La duración de la medida cautelar dispuesta no puede exceder de la mitad del plazo máximo de duración de las consecuencias accesorias temporales que contempla el artículo 105 del Código Penal. Al ser dicho plazo de cinco años, se debe entender, entonces, que el límite de vigencia de tales medidas será de dos años y seis meses. No obstante, tratándose de delitos contra el sistema ecológico, la medida podrá prolongarse el tiempo que resulte indispensable para el cese del efecto lesivo ambiental.

Cabe señalar, que conforme al artículo 313, las medidas cautelares impuestas pueden ser sustituidas por otras o cesar en sus efectos. Ello dependerá de las circunstancias concretas del caso, así como del grado de desarrollo alcanzado por el proceso. En consecuencia, pues, son de observar plenamente las exigencias y evaluaciones que impone el principio procesal de proporcionalidad.

En todo caso, la imposición, variación o cesación de una consecuencia accesoria como medida cautelar, requerirá siempre que se corra, previamente, traslado por 3 días a las partes para que estas puedan alegar lo que corresponda a su legítimo interés. Y contra cualquiera de tales decisiones se podrá interponer recurso de apelación. En lo que atañe a la apelación debemos precisar que ella se tramitará conforme a lo dispuesto en los incisos 2 y 3 del artículo 278, en cuanto le sean compatibles. En estas disposiciones sobre dicho procedimiento recursal se establece lo siguiente:

- a) Que el plazo para interponer el recurso de apelación es de tres días.
- b) Que el Juez competente deberá elevar los autos a la instancia superior dentro de las 24 horas de haber concedido el recurso de apelación.

- c) Que la apelación formulada es con efecto devolutivo.
- d) Que la Sala Penal competente se pronunciará previa vista de la causa, la cual deberá programarse dentro de las 72 horas de haberse recepcionado el expediente.
- e) Que para la vista de la causa se deberá citar al Fiscal y al defensor de la persona jurídica imputada.
- f) Que la resolución que resuelve la apelación deberá de emitirse el mismo día de la vista o dentro de las 48 horas siguientes, bajo responsabilidad.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como ya lo habíamos mencionado en otra publicación, la principal disfunción que enfrentan las Consecuencias Accesorias aplicables a las Personas Jurídicas, en nuestro país, sigue siendo su escasa aplicación judicial. De allí que las normas adjetivas incorporadas por el Código Procesal Penal de 2004 constituyen una insoslayable oportunidad de dinamizar su utilización jurisdiccional. Por lo demás, la utilidad de las consecuencias accesorias para hacer frente a estructuras criminales en delitos importantes como el tráfico ilícito de drogas, el lavado de activos o la financiación del terrorismo, resulta ser un componente imprescindible en toda estrategia integral contra la criminalidad organizada.

Si bien el Decreto Legislativo N° 982 afinó la redacción del artículo 105 del Código Penal, descartando el uso facultativo de las consecuencias accesorias. Todavía subsisten vacíos como la ausencia de reglas de determinación que impidan la aplicación discrecional o total de tales sanciones. No obstante, consideramos que la interpretación teleológica que den los jueces al texto actual de dicha norma puede ayudar a superar, momentáneamente, las deficiencias mencionadas.

Finalmente, es menester demandar que las normas procesales sobre las Personas Jurídicas que hoy tiene el Código Procesal de 2004, alcancen una vigencia nacional anticipada a la brevedad posible. Con ello se podrá permitir una adecuada participación procesal de la persona jurídica imputada en aquellos Distritos Judiciales donde el nuevo modelo aún no está vigente.



TÍTULO IV
LA VÍCTIMA
CAPÍTULO I
EL AGRAVIADO

Artículo 94. Definición

1. *Se considera agraviado a todo aquél 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.*
2. *En los delitos cuyo resultado sea la muerte del agraviado tendrán tal condición los establecidos en el orden sucesorio previsto en el artículo 816 del Código Civil.*
3. *También serán 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.*
4. *Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.*

Artículo 95. Derechos del agraviado

1. *El agraviado tendrá los siguientes derechos:*
 - a) *A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;*
 - b) *A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;*
 - c) *A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos por delitos contra la libertad sexual se preservará su identidad, bajo responsabilidad de quien conduzca la investigación o el proceso.*
 - d) *A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.*
2. *El agraviado será informado sobre sus derechos cuando interponga la denuncia, al declarar preventivamente o en su primera intervención en la causa.*

3. *Si el agraviado fuera menor o incapaz tendrá derecho a que durante las actuaciones en las que intervenga, sea acompañado por persona de su confianza.*

Artículo 96. Deberes del agraviado

La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral.

Artículo 97. Designación de apoderado común

Cuando se trate de numerosos agraviados por el mismo delito, que se constituyan en actor civil, si el Juez considera que su número puede entorpecer el normal desarrollo de la causa, siempre que no existan defensas incompatibles, representen intereses singulares o formulen pretensiones diferenciadas, dispondrá nombren un apoderado común. En caso no exista acuerdo explícito el Juez designará al apoderado.

COMENTARIO 1:

**LA VÍCTIMA Y EL TESTIGO EN EL CÓDIGO
PROCESAL PENAL DE 2004**

OMAR LEVI ROSILLO SÁNCHEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Imaginemos un proceso penal sin la participación de las víctimas ni de los testigos. Realmente sería muy complicado lograr la sanción del culpable de la perpetración de un delito.

La inasistencia de estos sujetos tanto en sede fiscal como jurisdiccional obedece a la lógica reacción de las víctimas y testigos que buscan preservar su integridad física, en tanto que muchas veces no solo son objeto de amenazas e intimidación sino también de represalias por parte de los integrantes de los grupos criminales, quienes de esa forma pretenden evitar una adecuada investigación del delito.

Existen muchos países en los que el desarrollo de sus audiencias queda afectado por la inconcurrencia de los testigos y víctimas. Un ejemplo de ello es Costa Rica, país cuyo presidente de la Corte Suprema anunció alarman-

* Fiscal Adjunto Provincial Titular Penal (Corporativo) de Paita en el Distrito Judicial de Piura.



temente que alrededor del 60% de los procesos penales se suspenden por la inasistencia de los testigos, señalando como motivo de ello el temor a la venganza por parte de los delincuentes.

Dicha problemática, aunque en menor porcentaje, también se presenta en el Perú con idénticas características, al punto que en la actualidad es más frecuente escuchar en los pasillos de los recintos judiciales el llamado a testigos y víctimas para que ingresen a las salas de audiencias, sin que se reciba respuesta.

Por otro lado, el sistema penal y el Estado en conjunto no son capaces ni tienen los recursos para otorgar protección o seguridad a los testigos y víctimas de delitos violentos o perpetrados por agrupaciones u organizaciones criminales. Las organizaciones terroristas, los carteles del narcotráfico, las bandas de asaltantes y secuestradores, los contrabandistas, los violadores de derechos humanos, la delincuencia económica y gubernamental son verdaderas empresas del delito, que desarrollan sus actividades a gran escala y con muchos recursos a su favor y que incluso realizan su actividad delictiva garantizándose su eventual impunidad, de un lado, mediante un trabajo secreto, clandestino, compartimentando, con hombres detrás del escritorio, uso de seudónimos y, de otro lado, suprimiendo las pruebas o evidencias a través de la destrucción de pruebas reales y amenazas, atentados o compra de las pruebas personales¹.

Este modo de actuar de las grandes organizaciones criminales también se puede verificar, aunque en menor escala, en países como el nuestro. Para nosotros, cada vez es más frecuente escuchar comentarios como que la víctima o testigo presencial de un hecho delictivo ha sido amenazado por los imputados, e inclusive, en algunos casos, por sus familiares, lo que evidentemente genera una reacción inmediata de desinterés en la víctima y/o testigo respecto al resultado de la investigación que lleva a cabo el Ministerio Público.

Por ello, como podremos apreciar a lo largo de este artículo, se requiere de una intervención oportuna, inmediata y constante por parte del Ministerio Público y demás instituciones involucradas, que permita concientizar a las víctimas y testigos sobre el papel tan importante que cumplen en la investigación de un delito y en su resultado.

En tal sentido, se puede afirmar que la atención a las víctimas y el reforzamiento de su posición en el sistema de justicia penal es una posición

1 TALAVERA ELGUERA, Pablo. "La protección de testigos en el proceso penal peruano". En <www.incipp.org.pe>, p. 2.



adoptada en consenso internacional que obliga a los Estados a tomar medidas para adaptar sus legislaciones en busca de un reconocimiento contundente de las víctimas como protagonistas del delito y del consecuente proceso. Como escribe Neuman: “El fenómeno criminal no puede explicarse sin la presencia de las víctimas: será preciso su análisis e investigación, que revelan en múltiples delitos, la cada vez más tangible interacción con el delincuente, a punto tal que sin ella no puede comprenderse debidamente la conducta de este”².

Justamente, el objetivo de este artículo radica en dar a conocer la importancia de la intervención de la víctima y del testigo en el proceso penal, explicando cuáles son sus deberes y derechos, así como el papel que cumple el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú en la asistencia legal, social y psicológica, y en el otorgamiento de las medidas de protección que el caso amerite; explicando también cuáles son actualmente las limitaciones, sobre todo, en el otorgamiento de las medidas de protección.

II. MARCO LEGAL DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

1. A nivel internacional

Pese a este oscuro panorama de criminalidad internacional organizada, los países desarrollados, los que se encuentran en vías de desarrollo y las organizaciones internacionales vieron la necesidad de sumar esfuerzos y cohesionarse para contrarrestar y combatir al crimen organizado, lográndose la realización de importantes convenciones, plasmadas en importantes documentos como:

- a) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (noviembre del 2000): también conocida como la “Convención de Palermo”.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) tomó la iniciativa para diseñar en conjunto una herramienta legal que guíe la lucha contra la delincuencia organizada; así, luego del análisis pertinente, arduas deliberaciones y debates previos que se prolongaron por casi tres años, los especialistas tradujeron las inquietudes de los pueblos sobre esta materia volcándolas en el presente documento.

2 SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “La víctima: artículos 94 al 97 del Código Procesal Penal”. En: *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*. Primera edición. Ara Editores, Lima, 2009, pp. 179-181.



Específicamente, el artículo 24, párrafo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, prescribe a favor del testigo lo siguiente: "(...) cada Estado parte adoptará las medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para proteger de manera eficaz contra eventuales actos de represalia o intimidación a los testigos que participen en actuaciones penales y que presten testimonio sobre delitos comprendidos en la presente Convención, así como, cuando proceda, a sus familias y demás personas cercanas" (sic).

En tanto que, con igual sentido, el artículo 25 del mismo marco normativo ha contemplado la "asistencia y protección a las víctimas", consignando que: "(...) Cada Estado parte adoptará medidas apropiadas dentro de sus posibilidades para prestar asistencia y protección a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente convención en particular en casos de amenaza, represalias o intimidación" (sic).

Cabe mencionarse que la citada Convención consideró como uno de sus logros la tipificación como delitos internacionales de la asociación para delinquir, del "lavado" de dinero y la obstrucción a la justicia, que hasta entonces solo habían sido objeto de esfuerzos legislativos nacionales; pero, además, puso especial énfasis en mecanismos de ayuda a las víctimas, protección de testigos y medidas para defender el comercio internacional de la infiltración de grupos criminales.

- b) Otro instrumento importante es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que, en sus artículos 32 y 33, regula expresamente la protección de testigos, peritos y víctimas, especificando las medidas de protección y la posibilidad de los Estados partes de incorporar en su marco normativo medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención, poniendo énfasis en el respeto a los derechos del acusado e incluso el derecho a las garantías procesales.

Por eso se entiende que muchos países de Latinoamérica hayan iniciado un proceso acelerado para incluir en sus legislaciones, normas de protección a las víctimas y testigos, con la finalidad de proteger a sus ciudadanos, pero sobre todo enfatizar la lucha contra el crimen,



coincidiendo varias de ellas con la ejecución de la reforma procesal penal, cuya característica primordial incide en el cambio del vetusto sistema inquisitivo (escrito) por el ágil y eficaz sistema acusatorio (oralidad), tal y conforme aconteció en Colombia, Chile, Venezuela, Argentina, Ecuador, El Salvador y, progresivamente, en el Perú.

Por otro lado, la mayoría de países que conforman nuestra región no han sido ajenos a tratar, discutir, deliberar, proponer, diseñar, aprobar y perfeccionar los mecanismos y estrategias a favor de la protección de víctimas y testigos. Prueba de ello es que, en los últimos años, se han realizado reuniones de trabajo, seminarios, asambleas, así como encuentros académicos entre los fiscales de Iberoamérica y especialistas (Colombia, Chile, Ecuador, Venezuela, Brasil, Argentina, Uruguay, Bolivia, Paraguay, Perú, Italia, México, Honduras, Panamá, Nicaragua, El Salvador, USA, Canadá, España, Portugal, Letonia); que contando a su vez con la asistencia de funcionarios y expertos de la OEA, Unión Europea, Corte Penal Internacional, la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos - AIAMP, y el continuo apoyo de AECL, posibilitan una adecuada capacitación y una alta preparación para afrontar el reto de la lucha contra el crimen organizado, compromiso en el cual se encuentra involucrado el Ministerio Público de nuestro país.

Destaca, en tal sentido, la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), que se llevó a cabo en República Dominicana, los días 9 y 10 de julio de 2008 y en la cual se aprobó un importante documento denominado "Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos".

2. A nivel nacional

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que "la persona humana es el fin supremo del Estado". En concordancia con este principio se debe interpretar que es posible establecer asistencia y protección a favor de las víctimas y testigos, más aún si como integrantes de la sociedad son involucrados circunstancialmente, adquiriendo tal condición como consecuencia de la perpetración de un delito. Ahora bien, nuestra legislación interna no ha recogido de manera adecuada la regulación sobre esta materia, pero sí ha suscrito los instrumentos internacionales antes citados, que sirven de marco para efectuar un desarrollo posterior.

Es así como se puede referir que los primeros beneficios que se establecieron en este tema datan del año dos mil, ocasión en la cual a raíz de los actos de corrupción de la década de los noventa, se promulgó



la Ley N° 27378 (“Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada”), reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 035-2001-JUS.

Con la dación del Código Procesal Penal de 2004 se incorporaron medidas de protección de testigos, peritos, agraviados o colaboradores que interviniesen en el proceso penal, conforme se observa en los artículos 247 al 252 donde además de considerarse las medidas de protección (anteriormente contempladas en la Ley de Colaboración Eficaz) amplió sus alcances a fin de satisfacer los estándares internacionales, regulando medidas adicionales, como traslado en vehículos adecuados (blindados), custodia policial, habilitación de ambientes exclusivos, cambio de identidad, relocalización nacional y/o internacional.

Si bien se señala que corresponde al Poder Ejecutivo la reglamentación de este título, para lo cual debe contar con el informe previo de la Fiscalía de la Nación y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, la actividad de estas instituciones también es necesaria para definir y garantizar la adecuada ejecución del “Programa de protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia”.

En tal sentido, atendiendo a lo prescrito en el inciso c) del numeral 1 del artículo 95 y en el numeral 4) del artículo 170 del Código Procesal Penal de 2004, la Fiscalía de la Nación emitió la Resolución N° 1558-2008-MP-FN; del 12 de noviembre de 2008, aprobando una serie de normas reglamentarias, entre las cuales destaca el “Reglamento del Programa de Asistencia a Víctimas y Testigos”, necesario para delimitar el procedimiento a ejecutar en aquellos casos en los que ciudadanos peruanos o extranjeros, que teniendo la calidad de testigos o víctimas, necesitaran asistencia.

Debe indicarse que su incorporación al programa es voluntaria y gratuita, y su aplicación se extiende a todo el territorio de la República y resulta de obligatorio cumplimiento para los fiscales y oficinas de apoyo correspondiente.

El citado programa, al ser institucional, enfatizó su carácter asistencialista, razón por la cual los testigos y víctimas que cuenten con la calificación favorable para ser objeto de asistencia, tendrán derecho a recibir algunas o todas las medidas que se mencionan en dicho reglamento.

III. LAS VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN EL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

El nuevo modelo Procesal Penal establece la igualdad de las partes, brindando a estas, prerrogativas y deberes, estableciendo para las víctimas y



testigos un programa de asistencia que tiene por finalidad establecer y ejecutar medidas asistenciales consistentes en servicios médicos, psicológicos, sociales y legales a cargo del Ministerio Público, dirigidas a aquellas personas relacionadas con todo tipo de investigaciones y procesos penales, previniendo que sus testimonios no sufran interferencias por factores de riesgo ajenos a su voluntad y aplicando, de ser el caso, las medidas de protección que el caso amerite.

El sistema garantista que pretende adoptar el Código Procesal Penal de 2004 no solo abarca la pretensión resarcitoria de la víctima, sino también, su dimensión psicofísica, pues, la víctima es la directamente afectada por la conducta antijurídica del agresor, debido a lo cual se regulan las denominadas “medidas de protección”. En consecuencia, la satisfacción o la reparación de la víctima no solo significa la reposición material del daño causado sino que también se hace referencia a algo normativo: la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente, ni tampoco, el protagonista de un simple accidente)³.

1. La víctima o agraviado

La víctima es aquella persona, grupo, entidad o comunidad afectada por la comisión del delito. Comúnmente es la persona que sufre la acción delictiva y aparece en el proceso penal como agraviado; en el caso de robo o agresión sexual interviene el afectado directamente, es decir, la víctima del delito; en el caso de homicidio, interviene el familiar más cercano de la víctima, debidamente acreditado⁴.

En tal sentido, siendo el agraviado la víctima del delito, su declaración constituye el eje central de la denuncia y el origen de los cargos inculcados. Por eso, a través de su declaración es posible: i) conocer directamente cómo se produjeron los hechos; ii) establecer la conducta del agresor y/o agente; iii) determinar los medios empleados en la comisión del delito; y, iv) conocer el modo de ejecución y las circunstancias propias que rodearon al hecho delictivo⁵.

3 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Tomo I, segunda edición. Editorial Rodhas. Lima, 2009, pp. 447 y 448.

4 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El Nuevo Proceso Penal*. Primera edición. Idemsa. Lima, 2009, p. 81.

5 *Ibíd.*, p. 139.



Al agraviado se le interrogará sobre los hechos, las circunstancias de su perpetración, las personas que intervinieron, sobre los posibles testigos y otras circunstancias que conlleven el esclarecimiento de los hechos investigados. Previamente se le hará conocer sus derechos y cuando se trate de un menor de edad o incapaz, deberá estar acompañado de una persona de su confianza.

a) Deberes del agraviado

La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral. El agraviado será examinado siguiendo la formalidad señalada por la ley para los testigos (378 a 381 del Código Procesal Penal de 2004).

b) Derechos del agraviado

El agraviado tendrá los siguientes derechos:

- A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite⁶.
- A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite.
- A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, incluyendo la de su familia. En los procesos contra la libertad sexual se preservará su identidad (literal c del numeral 1 del artículo 95 del Código Procesal Penal de 2004).
- A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, siempre que se haya constituido en actor civil.

6 Respecto a este derecho, César Machuca Fuentes señala: "La ausencia del agraviado en la fase investigatoria e incluso en la instrucción, origina que se vulnere de manera otro derecho, el de conocer la verdad. El Estado no solo tiene la obligación de investigar los hechos, sino también de garantizar que el ofendido conozca la verdad de los hechos. Por eso la ausencia de la participación activa del ofendido en la investigación lo priva de conocer la verdad de lo sucedido. El derecho a la verdad, como derecho fundamental de la persona, ya ha sido materia de amparo por organismos internacionales. Cada vez con mayor frecuencia se reconoce el derecho de las víctimas a conocer lo sucedido, especialmente en casos donde el Estado se presenta como agresor, o cuando los hechos son cometidos por organizaciones que se escudan en el anonimato". En: *El agraviado en el nuevo proceso penal peruano*, artículo publicado en la página web del Instituto de Ciencia Procesal Penal: <www.incipp.org.pe>, p. 10.

- El agraviado será informado sobre sus derechos cuando denuncie, en su declaración preventiva o en su primera intervención en la causa.
- Si el agraviado es menor o incapaz, tiene derecho a ser acompañado por persona de su confianza en todas las actuaciones en que deba participar.

2. El Testigo

En principio, el testigo es aquella persona que ha percibido (a través de sus sentidos) el hecho punible, sus circunstancias o cualquier otro hecho sobre el cual las partes hubieran hecho alguna afirmación y sea objeto de prueba⁷.

En cuanto a su capacidad para prestar testimonio, toda persona es, en principio, hábil para hacerlo, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la ley (artículo 162.1 del Código Procesal Penal de 2004). Dicho de otro modo, no son de aplicación supletoria las causales de tacha de testigos del Código Procesal Civil. Los casos de los testigos impedidos por la ley están previstos en el artículo 165 del Código Procesal Penal de 2004.

En el nuevo modelo procesal penal, los testigos cumplen un papel fundamental en dos momentos claves: i) durante la investigación (preliminar y preparatoria), los testigos son citados por el Ministerio Público, para que puedan ser útiles al esclarecimiento de los hechos; ii) en el juicio oral, los testigos son ofrecidos por las partes procesales como fuentes de prueba de los hechos en que basan su teoría del caso para que aporten información útil.

La declaración testimonial en el proceso penal constituye un medio probatorio de suma importancia para efectos del esclarecimiento de los hechos. El testigo, como órgano de prueba, aparece como la primera fuente de información que tiene la autoridad judicial para conocer lo que sucedió en relación con los hechos considerados delictuosos, así como las personas involucradas⁸.

a) Deberes del testigo

Ser testigo importa una gran responsabilidad, ya que sus declaraciones pueden resultar fundamentales para establecer y determinar la inocen-

7 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal. Manual de Derecho Probatorio y de la Valoración de las Pruebas*. Academia de la Magistratura. Primera edición, marzo de 2009, p. 88.

8 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., p. 135.



cia o culpabilidad de una persona. Por este motivo, el nuevo modelo procesal penal ha impuesto a los testigos los siguientes deberes:

- Todo testigo tiene el deber de concurrir a la citación que le haga la autoridad competente. Si el testigo no puede asistir, debe justificarse con la debida anticipación. Si no asiste, puede ser obligado a través de la conducción compulsiva (artículo 164.1 del Código Procesal Penal de 2004).
- Todo testigo tiene el deber de decir la verdad cuando conteste las preguntas que se le formulen y de no ocultar los hechos o circunstancias acerca de su declaración. Si el testigo se niega injustificadamente a declarar, cometerá el delito de “negativa a colaborar con la administración de justicia” (artículo 371 del Código Penal).
- Todo testigo tiene el deber de comunicar a la autoridad cualquier cambio de domicilio o ubicación, hasta la realización de la audiencia de juicio oral.

b) Derechos del testigo

Los testigos cumplen una función importante para la justicia penal. Por este motivo, la ley los ampara y les concede los siguientes derechos:

- Todo testigo tiene derecho a abstenerse de declarar en contra de su cónyuge, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, y aquel que tuviera relación de convivencia con él. Esta posibilidad se extiende a los parientes por adopción y respecto de los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial.
- Todo testigo tiene derecho a negarse a contestar aquellas preguntas cuya respuesta pueda incriminarlo a él o a su cónyuge, a su conviviente, a alguno de sus ascendientes o descendientes, etc.
- Todo testigo tiene derecho a no declarar cuando por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuviese el deber de guardar silencio.
- Cuando el testigo sea 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 estas, si con ello no se afecta su serenidad. También se autoriza la concurrencia de un familiar y/o psicólogo.
- Todo testigo, ante un inminente peligro o amenaza que sufriera de parte del imputado, familiares y/o amigos del mismo, podrá solicitar las medidas de protección que establece en los artículos 248 y 249 del NCPP.

IV. EL PROGRAMA NACIONAL DE ASISTENCIA A VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN EL PERÚ

El nuevo modelo Procesal Penal trae como una de sus más importantes reformas la revalorización del rol del Ministerio Público dentro del proceso, rol que la legislación anterior esbozaba tímidamente, pero que hoy se hace plenamente vigente y real. El Ministerio Público es el titular de la acción penal y conduce la investigación del delito desde su inicio. Asimismo, la nueva reforma procesal penal también ha importado, a nuestro modo de ver, una recategorización de la posición de la víctima, orientada por la necesidad de ver en ella no solo a una fuente de pruebas sino sobre todo a un sujeto de derechos. Ambas concepciones han servido de sustento para la creación por parte del Ministerio Público del Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, que representa una inicial respuesta a las necesidades surgidas con la reforma procesal y que asimismo, refleja un claro avance de nuestro país en dicha materia⁹.

Dentro del nuevo esquema del Código Procesal Penal de 2004, la función del Ministerio Público asume vital importancia tanto más si consideramos que este es el órgano encargado del aporte de la prueba. Aquí debemos detenernos. Son conocidas las dificultades que representa la prueba testimonial, tanto más si en muchas ocasiones la víctima del hecho es el único testigo (y, por qué no decirlo, en ocasiones la única prueba) del hecho.

Así, es ilustrativo mencionar que “el problema es trascendental, ello a razón de que el esfuerzo realizado por la Policía Nacional y el Ministerio Público se vean truncados y frustrados, cuando factores externos e internos de los actores de la investigación fiscal y proceso judicial (víctimas y testigos) no colaboren vía jurisdiccional con la administración de justicia, el mismo que busca esclarecer los hechos ilícitos cometidos y sancionar al responsable con una pena ejemplar”¹⁰.

Por tal motivo, como una de las respuestas a dicha necesidad se creó el Programa Nacional de Asistencia a Víctimas y Testigos, reglamentado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1558-2008-MP-FN, del 12 de noviembre de 2008 (en adelante el Reglamento), que se autodefine como “un diseño desarrollado e implementado por la Fiscalía de la Nación, cuya finalidad esencial es apoyar la labor fiscal, adoptando las medidas de asisten-

9 CARDEÑA ZARAUZ, Jorge Luis. *La asistencia a víctimas y testigos en el Perú*. Artículo publicado en: <www.teleley.com/articulos>; p. 1.

10 *Ibidem*, pp. 1 y 2.



cia legal, psicológica y social a favor de las víctimas y testigos que intervengan en la investigación o en los procesos penales, cautelando que sus testimonios o aportes no sufran interferencia o se desvanezcan por factores de riesgo ajenos a su voluntad; así como supervisar la ejecución de las medidas de protección que eventualmente se dispongan”.

1. Oficinas que brindan apoyo

Para el cumplimiento de los objetivos del Programa de Protección y Asistencia a las Víctimas y Testigos, se ha creado la Unidad Central de Asistencia a Víctimas y Testigos (UCAVIT), como órgano de apoyo de la Fiscalía de la Nación, que entre otras funciones, supervisa el cumplimiento del programa a nivel nacional.

Igualmente, el diseño del programa contempla la existencia de las Unidades Distritales de Asistencia a Víctimas y Testigos (UDAVYT) las que funcionarán en cada uno de los distritos judiciales existentes en el país, todo ello con el propósito de brindar asistencia urgente, ejecutar asistencia de psicoterapia breve y tratamientos de emergencia, así como atención trauma shock emocional.

De igual modo y en función de la lejanía de algunos poblados (realidad geográfica) de nuestra nación se ha previsto la existencia y funcionamiento de las Unidades de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos (UDAI-VT), las que tendrán la importantísima misión de brindarle asistencia urgente, habiéndose privilegiado la asistencia médica y psicológica. En caso de que se requiera de una mayor asistencia facultativa se derivará el caso a la Oficina de Apoyo de la sede respectiva.

Las oficinas (UDAVYT y UDAI-VT) antes indicadas, están facultadas a brindar tres clases de asistencia en las investigaciones y procesos penales en los que se les requiera:

- a) Asistencia legal. Consistente en instruir a las víctimas y/o testigos de los derechos que les asisten durante la investigación y el proceso penal, otorgarle capacitación y orientación que facilite y promueva su participación en las diligencias judiciales (información amplia, asesoría, coordinación con las autoridades y probable acompañamiento en diligencias).
- b) Asistencia psicológica. Proporciona el soporte profesional necesario para que el testigo y la víctima cuenten con el apoyo y tratamiento psicológico, así como consejería (ayuda a la víctima a enfrentar los efectos del delito y minimizar su impacto; en cuanto al testigo, co-

adyuva a que entienda y asuma el rol que le corresponde a favor de la sociedad), evitando por todos los medios la revictimización de la víctima, así como la posible victimización del testigo, estimulándolos para que su aporte sea decisivo en el proceso penal.

- c) Asistencia social. Encargada de evaluar la situación familiar y socio-económica de la víctima y/o testigo que permitirá establecer la veracidad e idoneidad del testimonio.

Por otro lado, las mencionadas oficinas están facultadas a brindar asistencia en las investigaciones y procesos referidos a los siguientes delitos¹¹:

- Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: homicidio, aborto, lesiones y exposición a peligro o abandono de personas en peligro
- Delitos contra la libertad personal: coacción, secuestro, trata de personas.
- Delitos contra la libertad, violación de la libertad sexual.
- Delitos contra la libertad, proxenetismo.
- Delitos contra el patrimonio: hurto agravado, robo, robo agravado, abigeato, extorsión, chantaje, usurpación agravada.
- Delitos contra la seguridad pública - delitos de peligro común: tráfico de armas, producción, desarrollo y comercialización de armas químicas.
- Delitos contra la salud pública: tráfico ilícito de drogas.
- Delitos contra el orden migratorio - tráfico ilícito de migrantes y su forma agravada.
- Delitos contra la tranquilidad pública: asociación ilícita para delinquir, terrorismo.
- Delitos contra la humanidad: genocidio, desaparición forzada, tortura y discriminación.
- Delitos contra la Administración Pública: concusión, colusión y corrupción de funcionarios.

11 Cabe precisar que el Reglamento ha considerado la posibilidad de otorgarle protección a víctimas y testigos, aunque el delito no se encuentre considerado en la relación anterior, en aquellos casos que, el fiscal evalúe y considere necesario solicitar la asistencia, para lo cual deberá tener en cuenta los criterios de calificación y evaluación de riesgo establecidos en el Reglamento, atendiendo a la naturaleza y gravedad de la acción perturbadora.



2. Procedimiento de incorporación

Merece indicarse que la principal característica del programa es que su acceso es libre, voluntario y gratuito, lo que implica que se trata de una decisión personal, ajena a toda posible manipulación y/o coerción, dicha decisión constará por escrito, la misma que adoptará el nombre de “acta de compromiso” y que para cumplir con la formalidad exigida y surtir sus efectos, deberá contar con la firma del fiscal, el asistido (testigo o víctima) y su núcleo familiar, de ser el caso, dicha acta también contendrá los derechos y obligaciones que le corresponde al asistido, así como a los responsables del programa. Igualmente, se insertará las causales de exclusión, entre las que destaca la renuncia voluntaria del asistido, su negativa a colaborar con la administración de justicia, la perpetración de hecho punible y por cierto el no acatamiento de las obligaciones inherentes a su condición de asistido.

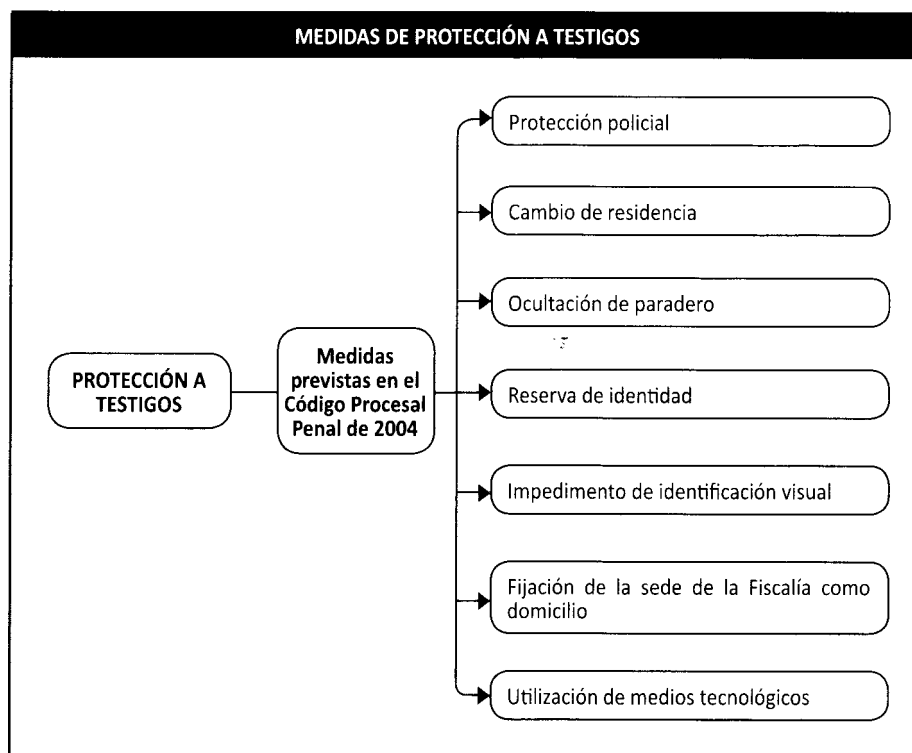
3. El Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal

Recientemente, con fecha 13 de febrero de 2010, ha sido publicado el “Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2010-JUS. Dicho reglamento constituye un gran avance normativo en la materia que, de algún modo, se complementó con el Reglamento del Programa de Asistencia de Víctimas y Testigos, aprobado por la Fiscalía de la Nación; precisándose que su objeto consiste en “establecer las normas, procedimientos, pautas y requisitos relacionados con las medidas de protección que se concedan a los testigos, peritos, agraviados o colaboradores que se encuentren en riesgo con ocasión de su participación en el proceso penal, dictadas al amparo de lo establecido en el NCPP”.

4. ¿Cuáles son las principales novedades de este nuevo reglamento?

1. Toda actuación en materia de protección se regirá por los siguientes principios:
 - a) Consentimiento del beneficiario, de manera voluntaria, libre y expresa.
 - b) Confidencialidad por parte del fiscal, juez y policía.
 - c) Temporalidad: subsistirán mientras existan los factores que justifiquen su permanencia.

- d) Responsabilidad: los funcionarios fiscales, judiciales y miembros de la Policía Nacional se abstendrán de hacer ofrecimientos en materia de protección. En caso de incumplimiento, se aplicarán las sanciones de ley.
 - e) Fundamento de la protección: todo procedimiento de protección se fundamentará necesariamente en la verificación de los nexos entre participación procesal, amenaza y riesgo.
2. Corresponde al fiscal o al juez adoptar las medidas de protección previstas en el Código Procesal Penal de 2004, y en el presente Reglamento. Y, el fiscal en toda circunstancia deberá supervisar la ejecución de las medidas de protección que se dispongan.
 3. Creación de la Unidad Especial de Investigación, Comprobación y Protección de la Policía Nacional del Perú (UECIP) que cumplirá las funciones de comprobación, investigación y protección, bajo la conducción del fiscal y en coordinación con la Unidad Central o Distrital de Protección.



V. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

En estricto podemos decir que la protección de testigos y víctimas se viene realizando de manera empírica desde hace muchos años. Sin embargo, a raíz de los sucesos de grave corrupción acaecidos durante el periodo de gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, se dictaron una serie de dispositivos legales donde se contemplaban medidas de protección a las víctimas y testigos, algo que ocurrió igualmente en algunos dispositivos (Ley de Arrepentimiento) de la legislación antiterrorista, debiendo recordarse que en la legislación represora del delito de tráfico ilícito de drogas (Decreto Legislativo N° 824), ya se consideraron mecanismos protestigos, entre los cuales se encuentra la asignación de una clave para no develar su identidad o una identidad ficticia con el mismo objetivo.

El nuevo modelo procesal penal ha previsto medidas de protección a víctimas y testigos que permitan una participación plena en el desarrollo de la investigación y en el juicio, sin temor a represalias o nuevas agresiones.

Las medidas de protección que contempla nuestro ordenamiento procesal penal son las siguientes:

- Protección policial.
- Cambio de domicilio.
- Ocultamiento de su paradero.
- Reserva de su identidad.
- Reserva de su identificación visual.
- Utilizar como domicilio procesal el local del Ministerio Público.
- Usar los medios tecnológicos para evitar poner en peligro la vida e integridad del testigo.
- En casos excepcionales se podrá ordenar la emisión de documentos con una nueva identidad y de medios económicos para cambiar de residencia o lugar de trabajo.

Si bien este nuevo modelo procesal penal fomenta la aplicación de las medidas de protección mencionadas, no debemos olvidar que su aplicación debe ser razonable y justificada. Esto en razón de que, por el principio de contradicción que también promueve nuestro Código Procesal Penal, el acusado tiene derecho no solo a conocer la identidad de la persona o personas que efectúan imputaciones en su contra, sino también a que el interrogatorio de los agraviados y testigos se efectúe en su presencia, y a oír directamente dichas imputaciones¹².

12 Cfr. TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 1.



VI. CONCLUSIONES

Cabe reflexionar al respecto que si bien es cierto que nuestro nuevo ordenamiento procesal penal prevé estos mecanismos de protección para las víctimas y testigos, sin embargo, en la práctica esto no se da, pues no existe el apoyo logístico que se requiere para que estos mecanismos operen efectivamente, lo cual propicia el desánimo de las víctimas y testigos para presentarse a las actuaciones en las que son requeridos, por ver acrecentado su temor ante la desatención por parte de las autoridades.

En consecuencia no basta irrogar deberes y derechos y plasmarlos en una norma, sino que aquella debe tener también el soporte logístico para su real y cabal implementación.

Sin perjuicio de los problemas o dificultades que existen en la materia, es necesario destacar el reciente esfuerzo normativo, concretizado en la dación del Decreto Supremo N° 003-2010-JUS, por el cual se aprobó el “Reglamento del Programa Integral de Protección a Testigos, Peritos, Agravados o Colaboradores que intervengan en el proceso penal”; lo cual ha constituido un fortalecimiento de la normativa legal destinada a la materia y la labor desarrollada por el Ministerio Público en conjunto con sus organismos auxiliares.

No cabe duda de que el Ministerio Público es la institución que asume un mayor protagonismo en la ejecución de este programa, en razón del rol que desempeña como director de la investigación criminal. En suma, los alcances y ámbito de operatividad que adquiera normativamente el Programa de Protección a Testigos, Peritos, Agravados y Colaboradores, depende de una labor interinstitucional que de forma compartida deben asumir los órganos estatales involucrados. La eficacia del programa redundará en beneficio del sistema de investigación y en la tutela de los derechos fundamentales, presupuestos indispensables para la fundación de un sistema procesal penal acusatorio-garantista, cuya máxima aspiración es servir a la justicia¹³.



13 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., pp. 789 y 790.

COMENTARIO 2:

EL AGRAVIADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL PERUANO*

CARLOS MACHUCA FUENTES**

I. INTRODUCCIÓN

Para quienes éramos aún estudiantes de derecho por los primeros años de los noventa, el entusiasmo inicial por el Código Procesal Penal promulgado en 1991 –Decreto Legislativo 638– en materia de reforma del proceso penal, ha vuelto a nacer con la dación del nuevo Código Procesal Penal, puesto que es evidente que la norma aún vigente (el Código de Procedimientos Penales) resulta totalmente ineficaz, no solo para el combate del delito, lo que se plasma en el retardo innecesario de los procesos, sino también en el hecho de que los derechos de la víctima no se encuentran debidamente garantizados.

Es interesante resaltar que la nueva norma procesal le da un adecuado lugar a la víctima dentro del proceso, como se verá en las líneas siguientes. Ello porque en el proceso penal lo primero que nos viene a la mente es el concepto del procesado. Este es el personaje más importante del proceso, sobre el cual gira todo el desarrollo del mismo, relegando a un segundo plano al afectado, aquel que sufre en forma directa las consecuencias del delito. Sin embargo, cuando el hecho es puesto en conocimiento de la autoridad y se inicia la investigación, el agraviado es sustituido en el ejercicio de la acción represiva por el Estado y pasa a ser un espectador, y aunque se le reconoce intervención en el proceso mediante el instituto de la “parte o actor civil” solo tiene derecho, en caso de una condena, a lograr un resarcimiento mediante la denominada “reparación civil”.

El rol del agraviado bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales es limitado, ya que no se permite su participación en la fase de investigación,

* La presente fue materia de ponencia en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología realizado en Lima, organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en el mes de octubre del 2004, con el título “El rol del agraviado en el proceso penal Peruano”.

** Juez Provisional del Segundo Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Ica. Se ha desempeñado también como Juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Ica y Juez Titular del 2 Juzgado de Paz Letrado de Parcona. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Ex-Miembro de la Comisión de Implementación del Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Ica.



porque la sociedad a través del Ministerio Público, se ha hecho con toda la carga de la prueba, quizá sin considerar que el agraviado, como el verdadero afectado, debe tener un papel más protagónico y sobre todo conocer la verdad de lo sucedido.

II. CONCEPTOS ELEMENTALES

1. El agraviado

En la historia de la persecución penal hay dos personajes que se disputan, con buenos títulos, la calidad de ofendido: la sociedad y la víctima (persona individual o jurídica) que ven dañados o puesto en peligro sus intereses y sus derechos. Son muchos más, en cambio, los que se atribuyen la condición de víctima. Unos y otros buscan, en todo caso, el castigo del culpable –autor del delito–, y, también pretenden la tutela social y el resarcimiento del daño que han sufrido. Entre los datos que caracterizan al delito de siempre se hallan la identidad del agresor y del agredido, que entran en contacto personal, por el ataque que aquel emprende, por el enfrentamiento que compromete a ambos, por la malicia que alguien utiliza para obtener de cierto individuo, determinada ventaja. En cambio, el delito moderno puede golpear a un número indeterminado de sujetos y provenir de un número también indeterminado de agentes. No importa la identidad de aquellos y estos, puesto que ni siquiera se conocen entre sí.

En contraparte a ello, luego de producido el agravio, los agraviados se armarán para ejercer el contragolpe: la reacción punitiva y reparadora enderezada contra el autor del delito y a veces contra quienes no han participado en la conducta reprochable, pero deben responder por ella, en forma lateral y subordinada. Esta se funda en el derecho de persecución. La persecución penal fue en el principio un suceso libre y colectivo, y acabó por constituir un acontecimiento regulado y concentrado, especialmente en el Estado moderno. Este desarrollo de la persecución es también, hasta cierto punto, la historia del hipotético contrato social, mediante el cual los individuos, designan por propia voluntad un ente superior, que se hará cargo de la tutela de todos ellos. Con ella, la persecución dejó de ser un suceso libre, porque se pusieron linderos a la conducta y se fijó, con detalle esmerado, el derrotero de la persecución: un *iter persecuendi*, como consecuencia natural del *iter criminis* que llegó a su término.

Así, la muchedumbre, actor importante en épocas anteriores –especialmente en la vindicta–, desapareció de la escena, para que ingresaran a ella –y la retuvieran en lo sucesivo– solo algunos personajes con pase al proce-



so. Tal fue el origen de la competencia y de la legitimación. Por ello devinieron competentes o legitimados el actor civil y el fiscal, más la sociedad, en un extremo y, el reo y su defensor en el otro; el particular ofendido en uno más y el juzgador en el extremo restante. Ese es el esquema procesal hasta nuestros días. La sociedad, sujeto pasivo de todos los crímenes –porque de no haber una intensa lesión o un grave peligro para la sociedad, no habría tampoco delito– dejó de verse y actuar como ofendida, aunque lo fuera, y asumió un papel característico en el proceso a través del fiscal, el mismo que es convertido en protagonista del debate. Sin embargo, la sociedad e incluso la víctima ha sido desplazada del *jus puniendi*. Quedó fuera del tribunal, convertida en espectadora o en opinión pública.

Si bien la sociedad recibió algunas compensaciones, como el Ministerio Público o fiscal, denominado con frecuencia el “defensor de la sociedad”, para recordar el origen y el sentido de su investidura, por otra parte, ciertos principios procesales como la publicidad, acudieron a satisfacer la necesidad social de “mirar” por lo menos el desarrollo del proceso. Ya no se intervendría en él, pero se ejercería por ese medio una cierta supervisión y una innegable presión.

En los últimos tiempos, la tecnología ha simplificado y ayudado a la difusión del proceso, y de otra parte, el juzgador sabe de la sociedad y de sus exigencias. Sin embargo, el ofendido no tuvo la misma suerte. Este sobrevive en forma autónoma. Sufre en carne propia el daño o el riesgo del delito: es su salud la que declina cuando hay lesiones; es su patrimonio lo que disminuye cuando hay un robo; su honor mengua cuando hay calumnia. Este impacto directo sobre un bien jurídico personal es el título que hace del individuo un ofendido, y del ofendido una parte procesal. Sin embargo, ha sido relegado en el proceso, puesto que si la sociedad tiene un Ministerio Público a un representante privilegiado, el ofendido no tiene esa condición, y en legislaciones como la peruana está supeditado al inicio del proceso y relegado generalmente a los resultados del mismo.

2. La Victimología

Como subraya García-Pablos de Molina, el Derecho Penal tradicional no se ocupa de las víctimas hasta el punto de que se ha dicho, no sin cierta crudeza, que en un supuesto de homicidio la opinión pública exige la reacción jurídico-penal, pero la víctima no plantea problema alguno, basta con enterrarla. De ser un personaje de importancia, un factor importante en la respuesta penal al delito en las sociedades más primitivas, la víctima pasa a desarrollar un rol accesorio, limitado o a

ser testigo del fiscal, figura que progresivamente asume la función de la víctima, o a su eventual negativa a cooperar con el sistema.

Esta neutralización de la víctima es algo connatural a la propia existencia del Derecho Penal, del *jus puniendi*, sobre la base del cual los miembros de una sociedad renuncian a la venganza privada y ceden en manos del Estado la protección de la sociedad frente a la delincuencia. Con anterioridad al siglo XVIII, el castigo de los actos criminales se llevaba a cabo mediante la venganza privada. Pero progresivamente se inicia un proceso llamado a restringir y poner coto a la crueldad que podría suponer el resarcimiento de la víctima o sus familiares y que culmina con la actual situación de exclusión absoluta de la víctima de la respuesta social al delito, por medio de la imposición de la pena y, como consecuencia indirecta de todo el sistema penal¹.

Según la definición que se hizo en el Primer Simposio Internacional de Victimología, organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, en 1973, en Jerusalén, "*victimología es el estudio científico de la víctima de un delito*". Para los criminólogos, la víctima tiene un gran protagonismo en el estudio del delincuente y la víctima del mismo. Tanto es así que algunos autores aseguran que la responsabilidad de la víctima en cierto tipo de delitos puede ser igual e incluso superior a la del mismo delincuente.

Así, los criminólogos hablan de víctimas predispuestas, atraídas, voluntarias, culpables, destinadas, etc. Respecto a la víctima se han formulado muchas definiciones. Para lo que interesa a nuestro estudio, solo tomaremos la que nos proporciona Soria, citando la definición dada por la ONU en 1986, según la cual la víctima es "(...) aquella persona que ha sufrido un perjuicio (lesión física o mental, sufrimiento emocional, pérdida o daño material, o un menoscabo importante en sus derechos), como consecuencia de una acción u omisión que constituya un delito con arreglo a la legislación nacional o del Derecho internacional (...)". Este concepto se ha encontrado en constante evolución, debiéndose en gran parte, al aporte de Von Hentig y Mendelsohn (teoría del interaccionismo), los que demostraron que la víctima no es un sujeto pasivo y estático, sino que interactúa con el autor del hecho.

La víctima es capaz de influir en la estructura, en la dinámica y en la prevención del delito. Como fruto de ese "redescubrimiento" de la víctima,

1 Versión del artículo "Victimología y victimología femenina: las carencias del sistema" publicado por Mercedes de la Cuesta Aguado, editado por la Universidad Cádiz, Cádiz 1994.



las legislaciones de distintos países han receptado iniciativas y propuestas como son los programas de compensación, de restitución y de auxilio a la víctima. Esto se ha traducido especialmente en las sentencias de las organizaciones supranacionales, en Europa, América (en este último caso se ha ordenado reparaciones a las víctimas de agresiones por parte del Estado). Según Benjamín Mendelsohn, existen cinco tipos principales de víctimas: a) la víctima totalmente inocente (o víctima ideal), b) la víctima de culpabilidad menor o ignorante: el comportamiento irreflexivo de la víctima desencadena el delito, c) la víctima voluntaria (tan culpable como el infractor): suicidio por adhesión, eutanasia, etc. d) la víctima más culpable que el infractor: víctima provocadora, imprudente, etc., e) la víctima únicamente culpable: víctima infractor, víctima simuladora, etc. Sin dudar, la víctima juega un papel importante en el delito, pero el sistema punitivo, sin embargo, no solo ha relegado a la víctima en su intervención en la investigación, sino que ha consolidado una forma de maltrato a sus derechos como veremos más adelante.

3. Manifestaciones de la posición deficitaria del agraviado en el proceso penal de corte inquisitivo

En los sistemas procesales inquisitivos al tener el Estado el monopolio de la Investigación y el Juzgamiento, el agraviado no tiene mayor participación en el proceso y no puede ser de otra manera, puesto que de acuerdo a la regla del “secreto” la instrucción es reservada y no hay acceso de las partes a la misma. Este apartamiento del agraviado tiene como consecuencia principal específicamente en el proceso, de lo siguiente: a) falta de información a la víctima de los ritos y tiempos procesales (especialmente cuando el victimario no es detenido), b) frustración de sus expectativas cuando no se llega a la condena, o cuando se absuelve por insuficiencia probatoria o duda (no se debe olvidar que el criterio de conciencia, en legislaciones garantistas, es una barrera infranqueable), c) la víctima debe dar la versión de los hechos en presencia del victimario (preventiva o confrontación, además de la actuación preliminar), y d) finalmente, quizá lo más angustiante: la lentitud procesal.

III. EL AGRAVIADO EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Generalidades

Como se ha señalado anteriormente, el ofendido no tiene participación en el proceso. En el Perú, el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 052,



“Ley Orgánica de Ministerio Público”, señala que este es el titular de la acción penal y la ejercita de oficio o a “instancia de parte” o por “acción popular”, es decir, el directamente perjudicado solo puede denunciar el hecho, pero queda sustraído al mismo hecho de la investigación, con excepción de las acciones por querrela.

La acción penal se materializa con la formalización de la denuncia penal, en un primer momento, y luego con la acusación escrita. Es, por consiguiente, no solo el impulso del proceso, sino que está presente a lo largo de su desarrollo. Es al mismo tiempo un derecho subjetivo y un derecho potestativo ejercido por su titular; como derecho subjetivo, la acción estaría encaminada a hacer funcionar la máquina del Estado en búsqueda de tutela jurisdiccional y como derecho potestativo, la acción es dirigida a someter al imputado a un proceso. En los casos de la acción privada, prima la voluntad del titular y es renunciable.

La acción penal se ejerce mediante la **denuncia**, esta puede ser efectuada directamente por el afectado o ejercitada por el Ministerio Público en su calidad de titular de la acción. La querrela es la solicitud que hace el ofendido o agraviado para que se inicie la investigación en los delitos que la norma expresamente concede a este derecho –generalmente los delitos contra el honor–. La ley la establece como condición de procedibilidad, porque estima que en ciertos tipos penales media un interés personal de la víctima del ilícito, que puede verse vulnerado en forma más grave con la investigación que sin ella. En tales casos, la facultad investigatoria se condiciona a la previa formulación de la querrela, como medio de protección de este interés personal. En estos casos existe la figura del desistimiento que es una forma de perdón del ofendido, el cual crea mucha controversia no solo en nuestra legislación sino en otras similares, por ejemplo, en México se considera que el perdón del ofendido es contrario a los derechos de la sociedad y del Derecho Penal. La facultad de desistimiento es más común, sin embargo, en los procesos por faltas donde se permite este acto procesal como forma de concluir el proceso.

2. Intervención del agraviado en el proceso bajo el amparo del Código de procedimientos penales: La parte civil

El concepto de parte civil nace de la doctrina francesa cuando en el siglo XVI se vuelve a separar la acción civil de la penal, y a marchar separada y paralelamente, adquiriendo el carácter de pública. La sola comisión del delito produce a la víctima, pero para su ingreso al proceso, de acuerdo a nuestra legislación, necesita constituirse como tal formalmente ante



la justicia. El artículo 54 del Código de Procedimientos Penales vigente señala quiénes pueden constituirse en parte civil y el artículo 57 del citado cuerpo legal precisa que este “puede ofrecer las pruebas convenientes para esclarecer el delito”, es decir, su actuación en el proceso es potestativa, no pudiendo intervenir en forma directa en el mismo.

Sin embargo, ni la parte civil ni tampoco el directamente agraviado pueden intervenir en la investigación. Ello evidentemente es un recorte al derecho de la propia víctima a conocer el resultado de la investigación, puesto que esta tiene el carácter de reservada. En nuestro país, dado el deficiente sistema de investigación a nivel policial, a la víctima se le impide conocer el resultado de las pesquisas y en muchos casos, es maltratada a nivel policial. Ello es aún más patético en los casos de violación de la libertad sexual donde la víctima, al denunciar el hecho, debe narrar los actos que de por sí le han causado daño emocional, encontrándose ante la posibilidad de no poder conocer los resultados de las indagaciones.

Como ilustración respecto al tema de la constitución de la parte civil en la investigación preliminar, ha sido materia de pronunciamiento de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia 228/02), en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el ciudadano Ricardo Danies Gonzales, toda vez que al igual que la norma procesal peruana, el artículo 137 del Código de Procedimiento Penal colombiano define a la parte civil en los siguientes términos: “Con la finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de un abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal”. Es este artículo de la norma materia de la acción, puesto que el accionante considera que la norma se basa en la vulneración del principio constitucional de la igualdad, en lo que respecta al acceso a la justicia. A juicio del demandante, la ley concede al sindicado “la libertad de actuar directamente en la defensa de su causa, de suerte que está facultado para aprehender directamente el expediente del sumario, y no obligatoriamente a través de abogado”, mientras que impone al denunciante o al perjudicado, “quien adquiere el apelativo de parte civil”, el deber de actuar por intermedio de apoderado judicial, lo cual viola el principio de igualdad; “coloca a la parte civil en situación de desventaja y deja al denunciante o al perjudicado en manos de abogados inescrupulosos”. Al resolver esa causa, la Corte Constitucional de Colombia consideró que “(...) el derecho a acceder a la administración de

justicia, puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos”. En su fallo declaró “exequible, en relación con los cargos estudiados, el inciso primero del artículo 137 de la Ley 600 del 2000 (Código de Procedimiento Penal), en el entendido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad *–lo que importa el derecho a intervenir en la investigación–* y a la justicia”².

3. El derecho a la verdad

La ausencia del agraviado en la fase investigatoria e incluso en la instrucción, origina que se vulnere de esta manera otro derecho, el de conocer la verdad. El Estado no solo tiene la obligación de investigar los hechos, sino también de garantizar que el ofendido conozca la verdad de los hechos. Por eso, la ausencia de la participación activa del ofendido en la investigación lo priva de conocer la verdad de lo sucedido. El derecho a la verdad, como derecho fundamental de la persona, ya ha sido materia de amparo por organismos internacionales. Cada vez con mayor frecuencia se reconoce el derecho de las víctimas a conocer lo sucedido, especialmente en casos donde el Estado se presenta como agresor o cuando los hechos son cometidos por organizaciones que se escudan en el anonimato.

No podemos, en pleno siglo XXI, pretender que el derecho a saber lo sucedido, esté rodeado de barreras, como el hecho de que el directamente perjudicado no pueda conocer lo sucedido especialmente cuando la investigación penal culmina en un no ejercicio de la acción penal, lo que deja una sombra de duda en los afectados. Al respecto, es interesante el caso de Consuelo Benavides Cevallos, (sometido por Amnistía Internacional a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en 1997), quien fuera secuestrada por elementos de la Marina de Guerra del Ecuador con fecha 4 de diciembre de 1985 y posteriormente desaparecida. Pese a los petitorios, las autoridades militares negaron tener en su poder a Benavides; sin embargo, con fecha 28 de diciembre de 1998, los familiares lograron identificar su cadáver, el mismo que había sido encontrado en la provincia de Esmeraldas. Iniciada la investigación castrense, no pasó de la etapa de pesquisas. Formulada la denuncia ante los órganos civiles, estos la desestimaron por no existir elementos suficientes que sustenten la tesis de la desaparición a manos de elementos militares



2 Extraída de la página web del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquía. La cursiva es nuestra.

y pese a que posteriormente se identificó y sentenció a funcionarios menores, no se logró identificar y sancionar a los autores de la desaparición forzada, tortura y homicidio. Amnistía Internacional sostiene que en el caso Benavides “el Estado de Ecuador ha incumplido con su Deber de Garantía y ha fallado en sus obligaciones de investigar seriamente los hechos y de traducir en justicia y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada, tortura y ejecución extrajudicial de Consuelo Benavides y los encubridores de los ilícitos. Igualmente, el Estado ecuatoriano no ha garantizado el Derecho a la Verdad que le asiste a la familia Benavides Cevallos. Amnistía Internacional ha llegado a la conclusión que en el caso Benavides, el Estado de Ecuador ha permitido que se consolide la impunidad”³.

En el Perú, el año 1995, a raíz de unas denuncias efectuadas por medios periodísticos y declaraciones de testigos sobre la actuación ilegal del grupo Colina, que con fecha 3 de noviembre de 1991 habría incurrido en una actividad social en Barrios Altos –un suburbio de la ciudad de Lima–, con el propósito de eliminar a integrantes del denominado Sendero Luminoso, matando a varias personas, ocasionando un largo peregrinaje de los familiares y de los heridos en busca de conocer el por qué de la ferocidad con el que actuaron dichos sujetos, y ante indicios de la existencia de los delitos de asesinato y lesiones graves, la jueza del 16 Juzgado Penal de Lima, Doctora Antonia Saquicuray abrió instrucción contra Julio Salazar Monroe (general del ejército) y otros, con fecha 18 de abril de 1995. Sin embargo, el Congreso Constituyente Democrático del Perú mediante Leyes N°s 26479 y 26492 dictadas en el mes de junio de 1994 –la primera publicada en el diario oficial el 15 de dicho mes–, concedió amnistía general al personal militar investigado por hechos derivados de la lucha contra el terrorismo, precisándose poco tiempo después con la Ley N° 26492 que dicha amnistía era de obligatorio acatamiento por los órganos jurisdiccionales. Con ello, el Legislativo detuvo el proceso judicial que en esencia buscaba saber quienes fueron los autores de los hechos denunciados, en la medida que las sindicaciones si bien eran imprecisas, ameritaban investigación, pues era evidente que existían indicios de la comisión de delitos de lesa humanidad. En el interín, en una decisión valiente –teniendo en cuenta las circunstan-

3 Extraído del memorial en derecho *amicus curiae* presentado por Amnistía Internacional ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Consuelo Benavides Cevallos - Ecuador, 1997.

cias políticas de la época— con fecha 16 de junio de 1995, la jueza a cargo del proceso inaplicó la Ley N° 26479, prefiriendo la Constitución y los tratados internacionales a los que el Perú se encuentra adscrito. Lo resaltante de esta resolución es que por primera vez —al menos que se tenga conocimiento— un juez, al preferir la norma constitucional, lo hace en el entendido de que un instituto de naturaleza constitucional, como lo es la amnistía, no puede ser oponible a un derecho fundamental como la vida, o el derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional, como obligación de todo Estado de investigar violaciones a los Derechos Humanos. Introduce —aunque no lo menciona específicamente— el denominado “derecho a la verdad” como una de las garantías a favor de la víctima, concepto que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conviene resaltar también la posición de la Vocal Superior, doctora Napa Lepano, quien conoció de la causa en grado de apelación, quien señala la necesidad de un debido proceso y el derecho a que se investigue estos hechos por ser de trascendencia (voto singular en la causa 424-95, tramitada ante la Décimo Primera Sala Penal de Lima). Si bien el tribunal de ese entonces, por mayoría, revocó la decisión de la juez Saquicuray, es interesante saber que el criterio de los jueces peruanos fue evolucionando hasta aceptar en la actualidad que el perjudicado tiene derecho a conocer —dentro de un proceso— la verdad, aunque sea legal, sobre los hechos. Como corolario, es importante resaltar que mediante sentencia de fecha 14 de marzo del 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el allanamiento del Estado peruano respecto a los hechos denunciados, ordenó una serie de reparaciones y estableció, en uno de sus considerandos —punto VIII, acápite 45—, que las víctimas y sus familiares tienen el derecho a “(...) conocer la verdad de los hechos ocurridos en Barrios Altos”. Con fecha 8 de abril del 2006, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la sentencia y el acuerdo reparatorio entre las partes. En atención a lo anterior, es evidente que el agraviado ya no puede ser un elemento estático dentro del proceso. No se debe perder de vista que la ejecución del delito al igual que la ciencia, se ha sofisticado en su realización, lo que se evidencia, por ejemplo, en la destrucción de los objetos del delito, la anulación física de la víctima, la mimetización de lo obtenido ilegalmente —como el lavado de activos—. Sin embargo, esta sofisticación adquiere mayores dimensiones cuando el agresor es el Estado, especialmente cuando se presentan violaciones de derechos humanos, pues a los afectados se les hace muy difícil conocer la verdad



de los hechos. Por ello, resulta importante conceder a la víctima una mayor participación en el proceso, pues como se verá, esta es la tendencia en la garantía de los derechos humanos, los que deben ser privilegiados no solo en el caso de los imputados sino también en el caso de los agredidos, especialmente cuando el agresor es el Estado a través de uno de sus miembros.

4. El derecho a impugnar

Concordante con el derecho a la verdad está el derecho a la impugnación. En nuestro ordenamiento procesal, en la fase de investigación, acorde con los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público se permite que el perjudicado en el caso de que el fiscal no ejercite la acción penal, pueda formular queja ante el superior respecto a este hecho y con el pronunciamiento del superior culmina el procedimiento. Esto en aplicación extensiva del principio a la doble instancia que consagra el artículo 139 de la Constitución peruana. Sin embargo, a nivel judicial nos encontrábamos con que al disponerse el “no ha lugar a la apertura de instrucción”, el afectado no goza del derecho a impugnación, argumentándose que, al no existir proceso, mal podría ejercer la impugnación. Este fue uno de los temas de mayor cuestionamiento en la etapa inicial del proceso (lo que se ha venido superando con la Jurisprudencia), puesto que el mandato de no ha lugar, aunque en muchos casos importe el archivo provisional del proceso, impide al directamente afectado el derecho a un proceso judicial donde pueda, entre otros, conocer lo sucedido. El ordenamiento, bajo las reglas del Código procedimental del 40, concede solo a quien se constituye en parte civil, el derecho a la impugnación en caso de sentencia absolutoria o en caso de discrepancia sobre el monto de la reparación civil. El no constituido en parte civil sufre una suerte de indefensión. En suma, el derecho a la impugnación en el Código de Procedimientos Penales se encuentra recortado al agraviado propiamente dicho por cuanto: a) si no se ha constituido en parte civil no tiene derecho a impugnación alguna, y b) si se hubiera constituido en parte civil solo puede ofrecer pruebas y su impugnación solo puede estar referida al monto de la reparación civil. Es evidente que, en estos casos, la legislación juega en contra del agraviado, que muchas veces observa impotente que el hecho denunciado queda sin sancionar.

Entonces podemos concluir que, en el Código de Procedimientos Penales vigente existe esencialmente las siguientes limitaciones al derecho de impugnación del agraviado:



- a) Si no se ha constituido en parte civil, no tiene derecho a impugnación alguna.
- b) Si se ha constituido en parte civil, solo puede ofrecer pruebas y su impugnación solo puede estar referida a la sentencia absolutoria y monto de la reparación civil.

5. El agraviado en el Código Procesal Penal

Un primer intento de sustituir el vigente Código de Procedimientos Penales se dio en 1991 con la promulgación del Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal (1991), el mismo que se ocupa del denominado “actor civil” en sus artículos 82 a 87. Demás está decir que ni en la Exposición de Motivos del citado texto legal ni en los artículos citados se deslinda la situación del agraviado en el proceso, limitándose a señalar que “puede” solicitar que se le tenga por constituido en actor civil, y al igual que el texto anterior, le está permitido colaborar durante la actividad procesal. Quizá lo resaltante del texto es el artículo 87 en el que se señala que la constitución del actor civil impide que el mismo sujeto presente demanda indemnizatoria en vía extrapenal, quizá teniendo en consideración los procesos en materia civil sobre responsabilidad extracontractual.

Sin embargo, el nuevo Código Procesal Penal, plasmado en el Decreto Legislativo N° 957⁴, representa un avance con relación a la normatividad vigente. En general, este Código se encuentra dentro del modelo acusatorio –con rasgos adversariales– y establece entre sus novedades la indagación previa a cargo del Ministerio Público, el juzgamiento por distinto juez de la investigación, y dentro del sistema garantista predominante, consagra principios que deben respetarse en defensa de los derechos del imputado.

En el tema que nos ocupa, debe destacarse la introducción de formas de negociación respecto a la reparación del daño, entre estos, se encuentra la aplicación del principio de oportunidad –que ya se venía aplicando– así como la terminación anticipada del proceso –artículo 468 y siguientes– lo que permite que imputado y víctima lleguen a un acuerdo sobre la reparación civil, introduciéndose en el proceso la denominada “diligencia de acuerdo”. En la norma procesal, se distingue en forma nítida

4 Publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 29 de julio de 2004.



la figura del agraviado de la del actor civil. En efecto, de acuerdo con el Título IV del Libro Primero del Código Procesal Penal, en sus artículos 94 y siguientes, la víctima tiene derecho a ser informada de los resultados de la investigación y a impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria, y a ser escuchado antes de cada decisión que importe la extinción o suspensión del proceso. Creemos, sin embargo, que aún continúa limitada la participación del agraviado en la investigación.

En cuanto al actor civil, el artículo 101 de la norma procesal señala que este debe constituirse antes de la culminación de la investigación preliminar. Asimismo, señala que la constitución de parte civil excluye la posibilidad de reclamar indemnización en vía extrapenal, lo cual nos parece discutible, puesto que las consecuencias de un ilícito no solo se traducen en perjuicio directo sino también en la existencia de un daño moral, el cual no podría ser discutido en la vía penal.

Finalmente, la norma se ocupa en los artículos 493 –Libro Sexto– de la ejecución de la pena y de la reparación civil, en la cual deben observarse las reglas del Código Procesal Civil. En ella se permite la intervención tanto del agraviado como del fiscal en la ejecución de la sentencia.

Como se verá, el novísimo ordenamiento procesal penal reconoce un estatus especial al agraviado dentro del proceso. Ello precisamente para evitar la desigualdad de este en el proceso. No basta un proceso rodeado de garantías para el procesado, quien si bien tiene el derecho de que su culpabilidad sea probada, tampoco es factible dejar sin tutela jurisdiccional los derechos del perjudicado con el hecho. Ello porque uno de los fines del proceso debe ser el alcanzar la paz social en justicia. En suma, el ordenamiento procesal que está entrando en vigencia progresivamente concede mayores derechos al agraviado, a fin de que su intervención no quede relegada en el proceso.

6. Problemática del agraviado en el nuevo proceso penal

Si bien el agraviado tiene un nuevo rol en el modelo procesal penal, son varios los problemas que aún tiene la víctima para considerarse que su derecho se encuentra adecuadamente tutelado. Veamos:

- a) *Sustitución de la víctima.* El primero de los cuales tiene que ver con la idea de que el Ministerio Público como defensor de la legalidad y de la sociedad puede llegar a acuerdos con el imputado a su nombre, salvo que se constituya en actor civil. De una u otra manera, la norma obliga al agraviado a intervenir en el proceso si desea un



adecuado resarcimiento. Así los acuerdos de Terminación Anticipada muchas veces excluyen al agraviado e incluso cuando este se encuentra presente debe contemplar como Fiscal e imputado llegar a un acuerdo.

- b) *Inadecuada protección a víctimas y testigos.* La delincuencia organizada cada vez sofisticada sus métodos de ejecución del delito y prevé contingencias en caso de falla de sus operaciones. O se elimina a los testigos y a la propia víctima o se les intimida a fin de que no rindan testimonio en juicio. Entonces al no existir una adecuada protección (no resulta suficiente el programa de Asistencia a Víctimas y Testigos del Ministerio Público reglamentado por Res. 729-2006-MP-FN) no es posible conseguir un testigo fidedigno y, si es la misma víctima, las amenazas en ocasiones logran que retrocedan de su inicial imputación. Inclusive, como es costumbre en nuestro país, la Policía Nacional antes de que el Ministerio Público efectúe todas las diligencias de la investigación, “filtra” información a la prensa que permite identificar a los agraviados o testigos poniendo en peligro su seguridad, lo cual hace mucho más difícil un trabajo de protección a estos.
- c) *Ausencia de políticas de retribución.* Se tiene que la víctima cuando deba concurrir al proceso como testigo –lo que importa la pérdida incluso de sus labores habituales–, no es recompensado, respecto al perjuicio económico que sufre. No existe legislación expresa –salvo en el sector público– que indique que no se descuenta remuneración por asistir a una diligencia judicial, ocasionando que muchos testigos en el afán de no verse perjudicados en su centro de labores no asistan a la citación judicial y en el peor de los casos si asisten no prestan la adecuada colaboración que el caso amerita.
- d) *Prohibición de doble proceso.* Otro de los problemas que enfrenta el agraviado en el proceso es la regla contenida en el artículo 12.1 del Código Procesal Penal, esto es que, la intervención en el proceso como actor civil inhabilita al directamente perjudicado a interponer demanda en vía extrapenal para el resarcimiento del daño. Ello ocasiona una *selectividad* de la intervención del agraviado en proceso. Es evidente que si el infractor posee capacidad económica –por ejemplo, el chofer que causa lesiones o muerte–, los perjudicados preferirán accionar en la vía civil y, si el infractor



- es de escasa posibilidad económica, los agraviados no tendrán mayores inconvenientes de intervenir en proceso.
- e) *Problemática de los delitos contra la familia.* Panorama diferente al común de los delitos se presenta en los procesos de omisión a la asistencia familiar –los que ocupan buena parte de los procesos penales con el nuevo sistema–. Generalmente es la víctima o quien tiene la custodia del menor alimentista quien insiste en intervenir en el proceso, pero desconociendo su papel, más aún si por falta de medios económicos no puede conseguir asistencia letrada. Esto ocasiona incluso divergencias con el Ministerio Público, pues en el fondo lo que el agraviado quiere es que el procesado cumpla con pagarle los adeudos pendientes, circunstancia difícil cuando el procesado no cuenta con medios económicos. En estos casos, aún cuando se dicte la pena, la víctima no se encuentra satisfecha, lo que pone en cuestionamiento la naturaleza misma de este tipo de procesos donde la prisión debe ser lo último que se dicte contra el deudor.
- f) *Derecho a ser oído.* Si bien la norma le impone deberes, su derecho a ser oído se encuentra limitado. El artículo 95 del Código Procesal Penal señala los derechos del agraviado en el proceso, pero en la práctica, debido a los rezagos del sistema inquisitivo, especialmente en las dependencias policiales, actualmente en la fase de la investigación el agraviado tiene nula injerencia, puesto que el pensamiento inquisitivo se encuentra muy arraigado entre los operadores del derecho y por ende la noción del “secreto” impide a la víctima conocer el resultado de las investigaciones preliminares. Por ende, cualquier reclamación que pudiera efectuar no tendrá mayor atención e inclusive en casos como los de la afectación al honor sexual la afectación es mayor, pues la víctima sufre una doble vejación, al ser obligada a prestar diversas declaraciones sobre los mismos hechos.
- g) *El Agraviado en las faltas.* Distinta también es la problemática de las faltas donde el agraviado al sufrir un delito menor no tiene un mecanismo inmediato para hacer valer sus derechos, pues de la denuncia policial debe remitirse lo actuado al Juez de Paz Letrado –artículos 482 y siguientes del Código Procesal Penal– quien cita a audiencia, dándose la circunstancia que al no existir acusador público –el Fiscal no participa en la investigación ni en el Juzgamiento lo cual es un rezago del sistema inquisitivo, pues el Juez concentra

todas las facultades—, si el agraviado no concurre a la audiencia, el proceso queda archivado, ya que en las faltas el denunciante es considerado querellante particular, pese a que muchas faltas son delitos en miniatura. Esto es más preocupante en los casos de violencia familiar donde el agresor coacciona a la víctima para no asistir a las audiencias. En otros casos resulta que, dado el pequeño monto de lo afectado, el agraviado no concurre a audiencia, fomentando la impunidad de los infractores.

IV. LA REPARACIÓN CIVIL: EL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

En realidad, en nuestra práctica procesal, la constitución en parte o actor civil se ha limitado, en esencia, a obtener una reparación civil adecuada. Ello en atención al principio del interés. Alejandro Báez, citado por Teófilo Olea y Leyva, señala en su “lógica”, que el *interés* es el móvil de todas las acciones humanas. Igualmente, Jhering y Chiovenda señalan que el interés es la condición específica de la acción. Por ello es que la constitución en parte civil, en el proceso penal peruano, obedece al interés de lograr una reparación. Sin embargo, existen ilícitos que por su gravedad no son adecuadamente resarcidos en la vía penal. Estos se encuentran referidos a los homicidios o lesiones por negligencia (ejemplo: accidentes de tránsito) los que al ser sancionados generalmente no imponen una reparación acorde con los intereses de la víctima. Es, por ello, que en su mayor parte la víctima o sus representantes prefieren no intervenir en el proceso, en el entendido que su constitución en parte civil les impediría obtener una adecuada reparación, que podría lograrse en el proceso civil. Esto encuentra explicación, en tanto en el proceso penal se privilegia la persecución del delito; sin embargo, en el proceso civil se discute la procedencia o no de la pretensión. En el caso del daño moral, es necesario establecer si el sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo ha sido vulnerado, es decir, que los hechos en que se funda el daño alegado deben trascender a tal extremo que los accionantes hayan percibido un menoscabo sentimental. Creemos que ello no puede ser materia de un proceso penal.

En el ordenamiento penal peruano se contempla el instituto de la reparación civil como una forma de indemnización a la víctima. Así, los artículos 92 y 93 del Código Penal de 1991 señalan que la reparación civil se fija conjuntamente con la pena y que esta comprende la restitución del bien o el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios. Es interesante resaltar que el Código Penal peruano de 1924 —ya derogado— era más amplio al establecer los alcances de la reparación civil, pues comprendía además de los señalados, la reparación del daño causado, así como la pérdida a favor del

Estado de los bienes que hubiera obtenido en forma indebida en los casos de los delitos de concusión, peculado y otros en agravio del Estado. Al margen de ello, es obvio que el texto legal en nuestro ordenamiento resulta muy vago –no olvidemos que este Código Penal es de casi dos décadas– y, si bien las sentencias disponen una forma de resarcimiento, ella en su mayor parte no se cumple. La razón es muy sencilla: el 60% de los procesos en el Perú tienen relación directa con los delitos contra el patrimonio y es evidente que quien delinque es porque desea un beneficio con el apoderamiento; por lo tanto, al fijarse una reparación civil pecuniaria generalmente se convierte en “letra muerta”, por lo que en el 95% de los casos las víctimas de estos delitos, además de sufrir un daño, se ven ante la circunstancia de que el daño no es reparado, puesto que la reparación civil en nuestro país solo se ha limitado al pago pecuniario.

Por ello, los operadores jurisdiccionales han buscado otros medios para hacer efectiva la reparación civil, como el considerarla como regla de conducta; sin embargo, en los últimos años, reiterada jurisprudencia ha señalado que la reparación civil no puede ser considerada como regla de conducta, ya que acorde con el principio constitucional de que “no hay prisión por deudas”, su imposición como regla de conducta resulta errónea en atención a su naturaleza jurídica, no pudiendo supeditar la condicionalidad de la pena a la exigencia de su pago”. Ello hace necesario la búsqueda de otras alternativas para hacer efectivo el pago de la reparación civil, como el trabajo del sentenciado en busca de ingresos que le permitan el pago de la reparación civil. En los últimos años, en nuestro país, se han creado en materia penal, especialmente dentro de la Corte Superior de Justicia de Lima, juzgados dedicados en forma exclusiva a la ejecución de las sentencias, los que se encargan de perseguir el pago de la reparación civil; sin embargo, su labor se ve entorpecida porque en la gran mayoría de los casos el sentenciado no cumple con el pago por carecer de recursos. Por ello, son necesarias otras alternativas a fin de que la finalidad de la reparación no sea estéril y antes que un resarcimiento se convierta en un perjuicio aún mayor a la víctima. Esta podría traducirse, por ejemplo, en la creación de alternativas de trabajo para el sentenciado a fin de que se procure fondos para abonar la reparación civil.

V. CONCLUSIONES

De lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

- a) En el Código de Procedimientos Penales vigente en varios distritos judiciales de la República, no se encuentra debidamente garantizado el rol del agraviado.

- b) La constitución en parte civil del agraviado con dicha norma procesal no cumple a cabalidad el derecho a la verdad a que tiene derecho toda persona afectada con un acto ilícito.
- c) La reparación civil en el proceso penal peruano resulta de discutible ejecución, puesto que el sentenciado en la mayoría de los casos, elude su pago si es fijado en forma pecuniaria, ocasionando que la víctima además de haber esperado largamente la búsqueda de la verdad, al final, no encuentre resarcimiento alguno.
- d) Se debe buscar alternativas para hacer cumplir en forma efectiva el pago de la reparación civil, como el trabajo obligatorio para fondos por reparación civil.
- e) En el Código Procesal Penal, el directamente perjudicado participa en forma activa en la investigación penal, así como en la ejecución de la pena, proponiendo inclusive alternativas para el cumplimiento de la reparación civil.
- f) La no concurrencia del agraviado o querellante particular en los procesos privados y las faltas ocasiona la conclusión del proceso, lo cual adquiere gravedad en los casos de las faltas donde no existe garantía de Juzgamiento, pues el Juez, reúne todas las facultades (interroga –aún cuando sea relato de los hechos– y juzga).

Aún con lo señalado, debe reconocerse que la nueva norma procesal mejora el papel de la víctima dentro de un marco de garantías y lo saca del olvido en que se encontraba en el sistema inquisitivo. Sin embargo, hay mucho por hacer especialmente por los derechos a ser oído y de tener una adecuada protección. Será el día a día y la actuación de los magistrados tanto del Ministerio Público como del Poder los que den a la víctima un adecuado lugar dentro del nuevo proceso penal. Si lo logrãan, habrãan dado un paso muy importante en lograr la confianza de la ciudadanía respecto a su sistema de justicia.



CAPÍTULO II EL ACTOR CIVIL

Artículo 98. Constitución y derechos

La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la Ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.

Artículo 99. Concurrencia de peticiones

1. *La concurrencia de peticiones se resolverá siguiendo el orden sucesorio previsto en el Código Civil. Tratándose de herederos que se encuentren en el mismo orden sucesorio, deberán designar apoderado común, y de no existir acuerdo explícito, el Juez procederá a hacerlo.*
2. *En los supuestos indicados en el numeral 3 del artículo 94 el Juez, luego de escuchar a los que se han constituido en actor civil, designará apoderado común.*

Artículo 100. Requisitos para constituirse en actor civil

1. *La solicitud de constitución en actor civil se presentará por escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria.*
2. *Esta solicitud debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:*
 - a) *Las generales de Ley de la persona física o la denominación de la persona jurídica con las generales de Ley de su representante legal;*
 - b) *La indicación del nombre del imputado y, en su caso, del tercero civilmente responsable, contra quien se va a proceder;*
 - c) *El relato circunstanciado del delito en su agravio y exposición de las razones que justifican su pretensión; y,*
 - d) *La prueba documental que acredita su derecho, conforme al artículo 98.*

Artículo 101. Oportunidad de la constitución en actor civil

La constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la Investigación Preparatoria.

Artículo 102. Trámite de la constitución en actor civil

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que ha recabado información del Fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la solicitud de constitución en actor civil resolverá dentro del tercer día.*
2. *Rige en lo pertinente, y a los solos efectos del trámite, el artículo 8.*



Artículo 103. Recurso de apelación

1. *Contra la resolución que se pronuncia sobre la constitución en actor civil procede recurso de apelación.*
2. *La Sala Penal Superior resolverá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 420.*

Artículo 104. Facultades del actor civil

El actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, está facultado para deducir nulidad de actuados, ofrecer medios de investigación y de prueba, participar en los actos de investigación y de prueba, intervenir en el juicio oral, interponer los recursos impugnatorios que la Ley prevé, intervenir –cuando corresponda– en el procedimiento para la imposición de medidas limitativas de derechos, y formular solicitudes en salvaguarda de su derecho.

Artículo 105. Facultades adicionales del actor civil

La actividad del actor civil comprenderá también la colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o partícipe, así como acreditar la reparación civil que pretende. No le está permitido pedir sanción

Artículo 106. Impedimento de acudir a la vía extra-penal

La constitución en actor civil impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extra-penal. El actor civil que se desiste como tal antes de la acusación fiscal no está impedido de ejercer la acción indemnizatoria en la otra vía.

COMENTARIO 1:

LA PRETENSIÓN RESARCITORIA EN EL PROCESO PENAL

FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA*

1. GENERALIDADES

El artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el que desde la perspectiva subjetiva, esto es, encuadrándolo desde el titular del derecho fundamental, puede defi-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura. Abogado Director del Estudio Caro & Asociados. Investigador Principal del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa - CEDPE.



nirse como “como el poder jurídico y consiguiente derecho público subjetivo que toda persona tiene de exigir a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial el acceso a los jueces y Tribunales para plantear o defender, a través de los procedimientos establecidos, las cuestiones que afecten a sus derechos e intereses legítimos y obtener, después de un debate contradictorio, una resolución motivada y fundada en Derecho que solucione realmente, mediante una decisión razonable, extraída del ordenamiento jurídico y que se cumpla, el fondo de dichas cuestiones o subsidiariamente, una resolución igualmente motivada, fundada y razonable que acuerde la imposibilidad de entrar en él”¹. De tal definición se puede establecer que el contenido esencial de este derecho fundamental se encuentra constituido por cuatro grupos de derechos y garantías procesales: el derecho de libre acceso a la jurisdicción y al proceso en las instancias reconocidas; la prohibición constitucional de indefensión; el derecho a obtener una resolución fundada que ponga fin al proceso y el derecho constitucional a la efectividad de la tutela judicial (...)”².

De lo señalado en el acápite precedente, queda claro que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva incluye, dentro de su plexo garantista, el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales, a través del cauce del ejercicio del derecho de acción, que implica la atribución que tiene toda persona de poder acudir al órgano jurisdiccional para que éste, a través de la prestación del servicio de administrar justicia al que está obligado, resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre jurídica. En tal sentido, Montero Aroca señala, al referirse al derecho a la acción, que “el derecho lo es a la actividad jurisdiccional, a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado y llegar hasta el final de la misma, aunque esa actividad tiene que tener un objeto, que es, a su vez, la pretensión”³.

Puede acontecer que tengamos una exigencia frente a otra persona, que es la llamada a satisfacerla. Cuando ello ocurra estamos frente a lo que se viene en denominar “pretensión material”, y cuando la persona se resiste a satisfacer nuestra pretensión material, es que, con dicha finalidad satisfactoria, surge la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional, a través del ejercicio del derecho a la acción, convirtiendo nuestra pretensión en una de naturaleza procesal.

1 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela judicial efectiva*. Bosch Casa editorial. Barcelona, 1994, p. 352.

2 CHAMORRO BERNAL, F. Op. cit., p. 386.

3 MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y Libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Thomson - Civitas. Primera edición, Pamplona, 2008, p. 248.



En ese entendido consideraremos parte procesal al titular activo o pasivo del conflicto de intereses llevado a ser resuelto en sede judicial, luego de haber accedido al mismo en ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva de la que goza.^{4 y 5}

2. FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN RESARCITORIA

La comisión de un delito, qué duda cabe, constituye un comportamiento humano generador de lesiones o puestas en peligro de determinados bienes jurídicos, los cuales pueden o no tener tutela penal, lo que para efectos de la pretensión resarcitoria, como veremos más adelante, poco importa. Estas lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos se traducen en un DAÑO, que no es otra cosa que el conjunto de consecuencias negativas derivadas de la lesión del interés jurídicamente protegido⁶; y es la existencia del daño, lo que justifica la obligación de repararlo. En ese sentido debe quedar claramente establecido que es el daño, y no el delito, el fundamento de la obligación de resarcirlo, obligación que se encausa en materia penal a través del instituto de la reparación civil. Esta posición ha sido asumida por nuestra jurisprudencia desde ya hace varios años, así en el Acuerdo Plenario Supremo N° 6-2006/CJ-116, de fecha 3 de octubre de 2006, se estableció lo siguiente:

“7. (...) Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” –lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente– la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción / daño, es distinta; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos”.

-
- 4 MONROY GALVEZ, Juan. “Partes, acumulación, intervención de terceros y sucesión procesal”. En *La Formación del proceso Civil Peruano. Escritos reunidos*. Editorial Comunidad. Lima, 2003, p. 298.
- 5 Al respecto debe tenerse en consideración, la posición de Asencio Mellado, quien discute la traspolación del concepto civil de Parte al proceso penal; sin embargo, si bien es cierto que esta posición es razonablemente correcta en líneas generales, sin embargo, para el caso de la pretensión resarcitoria a cargo del Actor Civil, quien es incluido, por el citado autor, dentro del rubro de Parte Acusadora, creemos que el concepto civil de Parte sí le es aplicable por cuanto, tal como explicaremos, su pretensión es de naturaleza eminentemente civil. Puede revisarse: ASENSIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 47-48.
- 6 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 3ª edición corregida. Gaceta jurídica S.A. Lima, mayo 2005, p. 69 y 188.



En ese orden de ideas, resulta lamentable que hasta el día de hoy existan magistrados que no diferencien entre la pretensión resarcitoria, que se tramita en el seno de un proceso penal y la pretensión punitiva a cargo del Ministerio Público, y que tal confusión los lleve a sostener que los únicos agraviados por un delito son los titulares del bien jurídico penalmente protegido, es decir, confunden agraviado, concepto civil, con el de sujeto pasivo del delito, concepto penal. La clave la ha dado el Acuerdo Plenario citado, en el que de manera clara y expresa señala, que en materia de reparación civil, lo que interesa es la determinación del “daño civil”, y quien tendrá titularidad para perseguir su reparación, será quien lo haya sufrido, sea o no sujeto pasivo del delito (entendido éste como titular del bien jurídico o como sujeto receptor de la acción típica; y/o sus representantes). Así, por ejemplo, en un delito de colusión, el sujeto pasivo del delito es el Estado, y por tanto, agraviado del daño causado por la conducta ilícita, pero no es el único agraviado, y por ende titular de perseguir la reparación del daño civil, ya que también han resultado agraviados los postores pretéritos, quienes tienen todo el derecho de perseguir en sede penal el resarcimiento del daño civil sufrido (los costos que hayan asumido para preparar la oferta, para adquirir las bases o las oportunidades perdidas de participar en otras licitaciones, etc.). En un delito de fraude procesal, sin duda alguna, el sujeto pasivo del delito es el Estado o la Administración de Justicia, y por tanto, también son agraviados del daño civil causado por tal conducta ilícita, sin embargo, no son los únicos agraviados, sino que también lo serán los otros litigantes perjudicados por la conducta fraudulenta del autor del delito, quienes sin ser titulares del bien jurídico tutelado penalmente, tienen legitimidad, en sede penal, de perseguir la reparación del “daño civil” sufrido.

A este respecto es importante tener en consideración que la obligación de resarcimiento nace del precepto general: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”⁷, recogido, entre otros, en el artículo 1969 del Código Civil. En esa línea de pensamiento, con claridad, Montero Aroca señala que la llamada responsabilidad civil *ex delicto* no es diferente de la responsabilidad civil extracontractual ordinaria⁸.

En el orden de ideas esbozado en el acápite precedente, Berdugo Gómez De La Torre precisa que “hay hechos, ilícitos penales, que pueden causar

7 Principio consecuencia, que tiene como supuesto el viejo principio romano: *alterum non laedere* (No hacer daño a otro)

8 MONTERO AROCA. Op. cit., p. 353.



un daño a alguien. Como tales merecen la aplicación de una consecuencia jurídica, pero además decimos que son fuente de responsabilidad civil derivada del delito o falta (...)”⁹.

En consecuencia en la medida que el autor o partícipe de la comisión de un delito, cause con su conducta un daño a terceros, se encuentra obligado a resarcirlo. Ante su negativa de hacerlo, el agraviado tiene expedito su derecho a buscar a través del órgano jurisdiccional la satisfacción de dicha pretensión, a través del impulso del ejercicio del derecho a la acción. Es importante reiterar que esta obligación de resarcimiento no nace o tiene su origen en que son autores o partícipes de la comisión de un delito, sino en el hecho que han causado un daño a terceros, y la legitimidad para perseguir el resarcimiento no lo da el hecho de que se trate de los sujetos pasivos del delito o de los titulares del bien jurídico penal, sino el hecho de haber sufrido el daño civil causado por el delito. La comisión de un delito, procesalmente hablando, genera una relación procesal entre el autor o partícipe del delito y el Fiscal, que funcionalmente está obligado a perseguirlo; en cambio, la causación de un daño civil por un acto ilícito (que puede ser un delito) genera una relación procesal entre los obligados a resarcirlo, que puede ser el autor del hecho dañoso o el tercero civil, y el perjudicado por el daño (cuya calidad puede coincidir con el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico, no siendo necesaria la existencia de tal coincidencia, porque como reiteramos, tales calificativos son propios de la relación jurídico penal y no de la relación jurídico resarcitoria)

Como corolario de lo ya señalado coincidimos con el procesalista Oré Guardia cuando señala: “La acción penal se ejercita ante la existencia de indicios razonables de criminalidad, esto es, cuando se considera que una conducta configura un ilícito penal (delito o falta) y –además– se ha identificado al posible autor; la acción civil se ejercita, en cambio, cuando existen indicios suficientes para considerar que una conducta ha generado daños”¹⁰.

3. LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN SEDE PENAL Y LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN RESARCITORIA

De existir ya una pretensión procesal de naturaleza resarcitoria, nacida de la existencia de un daño causado por la comisión de un acto ilícito que se

9 BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. La Ley. Barcelona, octubre 1999, p. 408.

10 ORE GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Editorial Reforma. Lima, 2011, p. 423.



encuentra etiquetado como delito, los sistemas procesales pueden optar o por prever que su tramitación conforme a su naturaleza se debe encausar dentro de un proceso civil; o por establecer un mecanismo de acumulación de pretensiones, la resarcitoria (de naturaleza civil) a la pretensión punitiva, debiendo tramitarse ambas en sede del proceso penal.

De optarse por un sistema de acumulación de la pretensión resarcitoria a un proceso penal, debe quedar claramente establecido que ello no modifica la naturaleza de dicha pretensión, que es incuestionablemente civil. Que exista la posibilidad legislativa que un Juez Penal pueda “investigar” sobre el daño y su atribución, y pueda determinar un “*quantum*” indemnizatorio, responde, exclusivamente a la aplicación del principio de economía procesal, que genera la opción legislativa, de acumular, al proceso penal, donde se discute, entre otras, la pretensión punitiva del Estado ejercida a través del Ministerio Público, la pretensión resarcitoria, es por ello que de todas formas, sea cual fuese la función político-criminal que se adjudique a el acto de reparación, lo que aquí interesa destacar es el acuerdo mayoritario de la doctrina sobre la naturaleza jurídico-civil y no penal de la responsabilidad civil *ex delicto*. El hecho de que un juez de lo penal pueda resolver sobre la misma es (...) una opción de economía procesal^{11 y 12}. Silva Sánchez es de igual parecer al precisar que la responsabilidad civil *ex delicto* no se diferencia de la responsabilidad civil extracontractual, radicando su única peculiaridad en que el hecho que causa el daño, es a su vez, penalmente antijurídico; de donde, concluye el referido autor, la resolución en el proceso penal respecto a las cuestiones relativas a la responsabilidad civil deriva-

11 BERDUGO, I. Op. cit., p. 410.

12 Manzini justifica esta acumulación por la conexidad de ambas pretensiones; por su parte Chioventa señala que la acumulación procede, porque se trata de un mismo hecho enfocado desde dos aspectos distintos –penal y civil– que ha dado lugar a dos pretensiones basado en el mismo. Ambos autores son citados por CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto y otro. La reparación del daño en el proceso penal. Nova Tesis editorial Jurídica. Rosario, Santa Fe, enero del 2007, p. 17. Con relación a la llamada pretensión penal o punitiva siguiendo a MONTERO AROCA, J. Op. cit., p. 255-256, debemos precisar que el uso del término pretensión penal o punitiva lo utilizamos desde la perspectiva coloquial, como un objeto que se persigue (en la mayoría de procesos) por deber funcional del Ministerio Público derivado de la atribución punitiva del Estado (Que incluye no sólo la capacidad de etiquetar que conductas constituyen delito, sino también la de perseguir y sancionar a aquellas personas que hayan incurrido en su comisión) y no porque éste tenga derecho a pretender la imposición de una pena, a diferencia de las pretensiones civiles, como la resarcitoria, en donde la ejercitación de la acción viene precedida de un derecho subjetivo del titular de la misma.

da de un delito no se justificaría por ninguna conexión especial de la misma con el derecho penal o la política criminal, sino tan solo por puras razones de economía procesal tendentes a evitar el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”¹³.

Así, el Acuerdo Plenario Supremo N° 05-2011/CJ-116 señala con absoluta claridad:

“8. El Código Penal –Título VI, Capítulo I, Libro I– regula el instituto de la reparación civil. El Código Procesal Penal –Libro I, Sección II–, por su parte, prescribe el procedimiento necesario para su persecución eficaz. Con independencia de su ubicación formal, la naturaleza jurídica de la reparación civil es incuestionablemente civil, y que aún cuando exista la posibilidad legislativamente admitida de que un Juez Penal pueda pronunciarse sobre el daño y su atribución, y en su caso determinar el quantum indemnizatorio –acumulación heterogénea de acciones–, ello responde de manera exclusiva a la aplicación del principio de economía procesal. GIMENO SENDRA sostiene, al respecto, que cuando sostiene que el fundamento de la acumulación de la acción civil a la penal derivada del delito es la economía procesal, toda vez que dicho sistema permite discutir y decidir en un solo proceso, tanto la pretensión penal, como la pretensión civil resarcitoria que pudiera surgir como consecuencia de los daños cometidos por la acción delictuosa y que, de ser decidida con absoluta separación en un proceso civil produciría mayores gastos y dilaciones al perjudicado por el delito, debido a la onerosidad, lentitud e ineficacia de nuestro ordenamiento procesal civil (Derecho Procesal Penal, 2ª edición, Editorial Colex, Madrid, 2007, p. 257)”.

Nuestro sistema procesal penal se ha adherido a la opción de posibilitar la acumulación de la pretensión resarcitoria, de naturaleza civil, en el contexto del proceso penal. En tal sentido, como bien señala Gómez Colomer, una vez aceptada la existencia de la permisibilidad de la acumulación al proceso penal de uno civil, toca determinar el objeto del proceso civil acumulado, que no es otro que la pretensión y la resistencia (en nuestro sistema demanda versus contradicción), siendo el contenido de la referida pretensión, casi siempre, de naturaleza patrimonial¹⁴.

13 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aspectos de la llamada responsabilidad civil en el proceso penal*. InDret 03/2001. Barcelona, 2001, p. 2.

14 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “El objeto del proceso”. En *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. 12ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, p. 110.



En consecuencia, de lo señalado hasta este punto, interesa destacar, por un lado, que el fundamento de la pretensión resarcitoria es el daño y no el delito; y por otro lado, que el hecho que nuestro sistema procesal haya adoptado un sistema de acumulación de pretensiones (la civil en el proceso penal) no significa que la pretensión resarcitoria haya perdido su naturaleza, que es la de ser civil, y por ende, no se le aplican ni las normas ni los principios penales sino los referidos al derecho de daños previstos en la legislación civil de la materia, lo que implica manejar, entre otros tópicos, los factores atributivos de responsabilidad civil, que en muchos casos de naturaleza objetiva, lo cual lo diferencia del derecho penal, donde por mandato expreso del artículo VII del Título Preliminar, tales factores de atribución de responsabilidad penal son de naturaleza subjetiva (dolo o culpa). En ese sentido, el Acuerdo Plenario Supremo N° 6-2006/CJ-116 señala:

“7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y está regulada por el artículo 93 del Código Penal, desde luego presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando compartan un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil (...).”

4. LA AUTONOMÍA DE LA PRETENSIÓN RESARCITORIA

Como se ha mencionado si estamos frente a una víctima o agraviado que ha sufrido un daño como efecto de la comisión de un acto delictivo, éste tiene una pretensión material de tipo resarcitoria frente a las personas, que de acuerdo a los factores atributivos de responsabilidad civil, se encuentren obligados a satisfacerla, tengan estos, finalmente, responsabilidad penal o no (el inculpaado puede, luego del proceso penal, ser absuelto al considerarse que el hecho imputado no constituía delito de estafa, por ejemplo, sino simplemente que se trató de un incumplimiento contractual, sin embargo, si bien tal decisión lo liberara de responsabilidad penal, ello no ocurrirá respecto a la responsabilidad civil, por cuanto su actuar constituyó un acto ilícito que generó un daño civil, por ende, subsiste su obligación de resarcirlo). De no conseguir una satisfacción directa a dicha pretensión, puede válidamente transformarla en una pretensión procesal, a través del ejercicio de la correspondiente acción, que la puede hacer valer en sede civil o en sede penal, utilizando, en este último supuesto, el sistema de acumulación al que nos hemos referido. De donde se puede afirmar que la acumulación de la acción

civil al proceso penal no es necesaria, sino facultativa¹⁵ el uso de la vía depende de la voluntad del perjudicado con el daño generado por el acto ilícito tipificado como delito.

El CPP de 2004, con relación a la acción civil, le ha otorgado, a nuestro entender, dos niveles de autonomía, de un lado autonomía en la titularidad, ya que el artículo 11.1 establece con meridiana claridad, que si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa definitivamente la legitimación del Ministerio Público para continuar con la persecución de la pretensión resarcitoria¹⁶. Ello presupone que la referida norma ha establecido que la acumulación de pretensiones sea automática, es decir, que ejercitada la acción penal de manera progresiva por parte del Ministerio Público se entiende que paralelamente y automáticamente está ejercitando la acción civil. En este caso debe quedar claramente establecido que lo que está haciendo el legislador es incluir un supuesto de legitimidad legal, porque resulta claro que el representante del Ministerio Público no tiene una legitimidad procesal que derive de su posición de titularidad en la relación sustantiva, se trata pues de una legitimidad que nace de la ley. Ahora bien esta legitimidad persecutoria del Ministerio Público respecto a la acción civil cesa cuando el perjudicado por el daño se constituye en actor civil o cuando ha decidido ejercerla en sede civil, o cuando renuncia a su pretensión resarcitoria.

Por otro lado, podemos apreciar una autonomía de decisión. Efectivamente, de acuerdo a las reglas normativas del Código de Procedimientos Penales, el tratamiento que se le daba a la acumulación de pretensiones era bajo una relación de accesoriedad, de la civil a la penal, a tal punto que la determinación de la obligación resarcitoria dependía de la existencia de una sentencia condenatoria. En el actual ordenamiento adjetivo penal, el artículo 12.3 señala que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda, resaltando así, su

15 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2003, p. 133.

16 Es cuestionable, que la norma bajo comento haya establecido que el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible corresponda también al Ministerio Público. Por la sencilla razón que el Ministerio Público no ha sufrido daño alguno, siendo éste el fundamento de la pretensión bajo mención, en buena cuenta el Fiscal no tiene legitimidad para obrar por no ser parte de la relación jurídica sustantiva precedente al ejercicio de la acción. Sin embargo como ya hemos referido el legislador ha optado por dotar a la acción civil de un carácter automático legitimando legalmente al Ministerio Público para que ejerza su persecución.



autonomía¹⁷. En ese sentido, el Pleno Jurisdiccional Supremo N° 05-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, ha señalado:

“Sin lugar a dudas, la modificación más importante del Código Procesal Penal en el ámbito de la acción civil incorporada al proceso penal se ubica en el artículo 12, apartado 3), del referido Código, que estipula que la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda. Esto significa, en buena cuenta, que cuando se sobresee la causa o se absuelve al acusado no necesariamente la Jurisdicción debe renunciar a la reparación de un daño que se ha producido como consecuencia del hecho que constituye el objeto del proceso, incluso cuando ese hecho –siempre ilícito– no puede ser calificado como infracción penal”.

Es importante tener en consideración, como bien acota Gómez Colomer, que el haber optado por un sistema de acumulación (la civil en el proceso penal) tiene el inconveniente de obligar a los magistrados a utilizar, aplicar y manejar una doble mentalidad y técnicas jurídicas al mismo tiempo, pues deben investigar, probar y juzgar penal y civilmente en la misma causa, con el agregado procesal, que en materia de responsabilidad extra contractual (que es a la que pertenece la responsabilidad civil ex delicto), el dolo y la culpa se presumen, tal como lo establece el artículo 1969 del Código Civil, y por ende, el descargo corresponde al dañante, lo que significa una lógica de inversión de la prueba. Situación que debe llamar a reflexión al juez penal de cara al respeto al principio constitucional de presunción de inocencia que es una regla probatoria, pero referida a la pretensión punitiva mas no a la resarcitoria: Adicionalmente a ello, y tal como ya lo señalamos, otro tema importante que llama a reflexión es el tratamiento que tienen que dar los magistrados penales al contexto de los factores de atribución civil que tienen que aplicar al momento de pronunciarse respecto a la pretensión resarcitoria, los que, en muchos casos, son de naturaleza objetiva y no subjetiva como ocurre en materia penal.

En cuanto al contenido de dicha pretensión procesal, el Código Penal en su artículo 93 reafirma el contenido patrimonial de la pretensión resarcitoria al establecer que la misma, en sede del proceso penal, está restringida a la

17 Como bien señala Del Río, esta norma contiene un evidente error de redacción, porque si estamos frente a una sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento, mal puede hablarse de acción civil derivada del hecho punible, debió utilizarse la expresión acción civil derivada del hecho objeto del proceso. DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. ARA Editores. Lima, 2010, p. 72.

satisfacción del daño causado a través de la restitución (o el pago de su valor) y a la indemnización de daños y perjuicios¹⁸. En este último ítem, debe considerarse que los daños pueden ser patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y daños extrapatrimoniales (daños a la persona y daño moral).¹⁹

5. LA SOLICITUD DE CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL

Requisitos de admisibilidad

Siguiendo el análisis efectuado en los acápite precedentes, reafirmamos la tesis de que el agraviado o perjudicado que ha sufrido un daño como efecto de la comisión de un delito, tiene respecto del autor o partícipes del mismo, o del tercero civil (tema que abordaremos mas adelante) una pretensión material de tipo resarcitorio, que el ordenamiento procesal le da la posibilidad facultativa de perseguirla a través del órgano jurisdiccional, es decir, transformarla en una pretensión procesal vía acción, en tal sentido, el artículo 98 y siguientes del CPP de 2004, establece como cauce procesal para ejercitar dicha acción a la solicitud de constitución en actor civil. Sin embargo, esta solicitud no es otra cosa que un acto postulatorio que contiene una pretensión, y por ende, es la concreción del derecho a la acción como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Como bien señala Gómez Colomer, el objeto del proceso civil, de naturaleza resarcitoria, que se verifica en sede penal, está determinado por la pretensión y la resistencia, lo que no es otra cosa que traducido a nuestro sistema en la demanda o acto postulatorio y la contradicción al mismo. El acto postulatorio conforme a lo establecido por el artículo 98 y ss. del CPP del 2004, está dado por la solicitud de constitución en actor civil, y la contradicción a tal pretensión, la podrán ejercer a quienes se les esté reclamando el resarcimiento del daño causado, en la correspondiente audiencia, a la que podrán asistir, teniendo pleno conocimiento del acto postulatorio resarcitorio mencionado (Arts. 8 y 102 del CPP del 2004).

18 Es de precisar que el artículo 92 del Código penal contiene una norma acorde con el criterio de acumulación accesoria del Código de Procedimientos Penales, pero que a la luz del modelo de acumulación autónoma asumida por el CPP del 2004, esta norma carece de eficacia normativa, ya que la reparación civil, de acuerdo a lo previsto en el artículo 12.3 del Código Adjetivo no requiere de la imposición de una pena para su establecimiento en sede judicial.

19 Al respecto puede revisarse ESPINOZA, J. Op. cit., p. 188 y ss.



Como quiera que es a través de la solicitud de constitución en actor civil, el mecanismo a través del cual el perjudicado ejerce su derecho a accionar, creemos que es evidente que el mismo debe reunir, además de los denominados requisitos de la demanda, a los cuales se hace referencia en el artículo 100 del CPP de 2004, las llamadas condiciones de la acción, como son el interés para obrar o interés procesal y la legitimidad para obrar, que son los requisitos procesales que permiten al juez expedir (oportunamente y no en este momento de calificación) un pronunciamiento válido sobre el fondo²⁰. Ello significa que el juez penal debe verificar que el accionante (quien pretende constituirse en actor civil) antes de acudir al proceso penal para ver satisfecha su pretensión resarcitoria, haya agotado todas las posibilidades extrajudiciales, razonables para satisfacer, hasta ese momento, su pretensión material; y asimismo verificar la coincidencia entre la relación jurídica sustantiva (pre procesal) y la relación jurídica procesal, es decir, que quien pretenda serlo, constituye como actor civil sea la misma persona o el representante o heredero de ésta, que haya sufrido el daño, como efecto de la comisión de un delito. Respecto a la segunda condición de la acción, esto es, respecto a la legitimidad para obrar, se pronuncia el artículo 98 del CPP del 2004, pero no apreciamos una manifestación normativa expresa con relación a la primera condición de la acción de aplicación ineludible para el ejercicio de la acción resarcitoria.

En el tema de los requisitos de la solicitud de constitución en actor civil, a los que hace referencia el artículo 100 del CPP de 2004, apreciamos una deficiencia bastante preocupante a nivel de determinación de la pretensión, y es que como ya hemos explicado, siendo la pretensión de índole resarcitoria, es evidente, que en la casi totalidad de los casos, esta es de naturaleza patrimonial, y por ende, debe traducirse en un quantum indemnizatorio debidamente fundamentado, lo que va a posibilitar una aplicación adecuada del principio de congruencia a la pretensión resarcitoria, es decir, verificar la relación entre lo pedido por el actor civil y lo dado por el órgano jurisdiccional. Y no sólo ello, sino que además la fijación clara y concisa (y por supuesto fundamentada y sustentada) de un quantum indemnizatorio va a posibilitar que no se cometan actos arbitrarios al momento de aplicar las medidas de coerción real o patrimonial; así, por ejemplo, en el caso de los embargos,

20 MONROY, J. Op. cit., p. 184. Lo señalado entre paréntesis es nuestro.



este gravamen, en el peor de los casos, tendrá como límite máximo, el quantum indemnizatorio pretendido por el actor civil; y no llegar a absurdos que por delito de poca incidencia patrimonial, el responsable civil, que goza de presunción de inocencia, vea gravado, por decir lo menos, una parte importante de su patrimonio, no guardando relación entre el daño causado y la medida cautelar aplicada (como acto procesal provisorio dirigido a repararlo). La forma de salvar este impasse es exigiendo, como requisito de fundamentación del pedido de constitución en actor civil, la determinación específica del quantum indemnizatorio que se pretende.

Esta precisión del quantum indemnizatorio a nivel de determinación de la pretensión resarcitoria es muy importante, porque puede acontecer que un perjudicado, se constituye en actor civil, pero no cuantifique su pretensión, y finalmente, se le fije a nivel de sentencia un monto indemnizatorio, que a él no lo satisface. El hecho de haberse constituido en actor civil al interior del proceso penal y no haber renunciado a dicha titularidad, debería generar la imposibilidad de que pudiese acudir a un proceso civil²¹, sin embargo en la Casación N° 2182-2006/Santa²², la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, señaló lo siguiente:

"(...) Si bien es cierto que en el proceso penal se ha señalado una reparación civil económica a favor del actor, quien en dicho proceso se constituyó en parte civil; también lo es, que ello no es óbice para que con mayores elementos de juicio se reclame en la vía civil el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión ocasionada al autor (...)"

Estos casos, que deben evitarse en aras de mantener una unicidad en el sistema judicial de reparación de daños, ocurren, entre otras causas, porque no se le exige al actor civil que cuantifique el daño que alega haber sufrido y se deja esta labor al Fiscal, que no solo carece de legitimidad persecutoria en materia de resarcimiento (en tanto y en cuanto exista un actor civil) sino que incluso, en muchos casos, no fundamenta el quantum indemnizatorio que pide y el que incluso difiere del interés del actor civil.

21 El artículo 106 del CPP del 2004, establece que la constitución en actor civil impide que presente demanda indemnizatoria en la vía extra penal.

22 Publicada en separata del Diario Oficial *El Peruano* del 3 de julio del 2007, p. 19859-19860.

Distinto es el escenario, cuando el sujeto del proceso legitimado para perseguir su pretensión resarcitoria, en su acto postulatorio, cuantifica su pretensión, y a través del proceso ejercita la labor probatoria dirigida a acreditarla, obligando con ello al Órgano Jurisdiccional penal a emitir un fallo que guarde congruencia con lo pedido, pero sobre todo con lo probado a nivel de daños.

Sobre este tema es importante precisar que a nivel del petitorio de constitución en actor civil, los jueces penales deben tener claramente establecido que estamos frente a la etapa postulatoria de la pretensión resarcitoria, por ende, es una etapa de calificación del cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, lo que, en cuestión probatoria, significa que debe verificar si ha ofrecido los medios de prueba con los que pretende acreditar todos los extremos de su pretensión, pero lo que no significa que el Juez en esta etapa valore dicho material probatorio, por cuanto ello ya es una actividad procesal dirigida a emitir una decisión jurisdiccional de fondo, que no es esta etapa procesal, por cuanto, como repetimos se trata de una mera etapa de calificación de admisibilidad. Actuar de manera contraria, es decir, valorar, en esta etapa, los medios de prueba aportados en la solicitud de constitución en actor civil, sería tan inverosímil como pretender que el Juez Civil al calificar la demanda emita un fallo de fondo, obviando la audiencia probatoria correspondiente. Es, por ello, que en el Acuerdo plenario N° 5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, se señala que es en el decurso del proceso que el actor civil deberá acreditar cómo ha sido dañado y cómo tal situación de perjuicio puede ser resarcida, y no al momento de plantear su solicitud de constitución en actor civil, que como hemos reseñado, abre el inicio de la etapa de calificación de admisibilidad por parte del Órgano jurisdiccional, que como tal no es una etapa de valoración probatoria. Así en el referido Acuerdo Plenario se sostiene:

*“Éste (se refiere al Actor Civil) deberá, en primer término, **sustentar en el proceso** cómo es que ha sido perjudicado por la conducta imputada al investigado y cómo el daño sufrido puede ser resarcido (...)”²³*

Como ya ha quedado establecido, la pretensión resarcitoria es una pretensión de naturaleza civil, y la que debe ejercitarse a través de un acto postulatorio que cumpla con las exigencias propias de una demanda de acuerdo a su naturaleza, en ese orden de ideas, creemos viable la apli-

23 El paréntesis y el subrayado es nuestro.

cación supletoria de lo establecido por los incisos 5 y 8 del artículo 424 del Código Procesal Civil, que establecen que el petitorio de la demanda debe comprender la determinación clara y concreta de lo que se pide y que **se debe fijar el monto del petitorio**. En ese contexto resulta evidente que el Juez Penal al momento de calificar el pedido de constitución en actor civil, adicionalmente a la verificación de la concurrencia de las condiciones de la acción a las que hemos hecho referencia, deberá verificar, únicamente, el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad contenidos en las correspondientes normas adjetivas.

En el mismo cauce de razonamiento referido a la fundamentación del acto postulatorio de constitución en actor civil, es menester que se le exija al solicitante que individualice los tipos de daños, cuyo resarcimiento pretenda, y especifique, del quantum indemnizatorio pretendido, cuanto corresponde a cada tipo de daño, que se afirma haber sufrido. Este tipo de exigencia en la fundamentación del pedido, que válidamente se podrían engarzar en lo establecido en el artículo 100.1.c) del CPP de 2004 (o en todo caso aplicar supletoriamente lo establecido en los incisos 5 y 8 del Código Procesal Civil), creemos va a posibilitar una mejor fundamentación por parte del órgano jurisdiccional en materia de daños, que justamente es una de los temas en donde existe mayor carencia de fundamentación a nivel judicial (penal).

El incumplimiento en la fundamentación del pedido de constitución en actor civil, ya sea a nivel de la acreditación del interés procesal o de la fijación del quantum indemnizatorio y su individualización a nivel de daños cuyo resarcimiento se pretende, puede ser sancionado con la declaración de inadmisibilidad, en aplicación supletoria, de lo establecido en el artículo 426.3 del Código Procesal Civil, al verificarse un acto postulatorio que contiene un petitorio incompleto o impreciso.

Es importante tener en consideración que la exigencia de una determinación, a nivel de acto postulatorio, del tipo de daños sufridos, y cuya reparación se pretende, va a constituir un mecanismo idóneo para evitar una indebida migración de pretensiones, ya que puede ocurrir que un perjudicado que se constituye en actor civil en el seno de un proceso penal y que recibe una indemnización de daños y perjuicios fijada en sentencia judicial, pretenda luego ir a un proceso civil y demandar otro quantum indemnizatorio, alegando que la reparación civil fijada en sentencia penal no le ha cubierto todos los daños sufridos (y ello porque no se le exigió que precise qué tipo de daños estaba requiriendo su resarcimiento). Este riesgo queda evidenciado en la Sentencia en Casación N°



1646-2006/Santa emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República que señala:

“(...) Existen (...) pronunciamientos de la Corte Suprema que admiten que el agraviado pretenda el resarcimiento de los perjuicios en la vía extrapenal, aún (sic) cuando en el proceso penal se hubiera constituido en parte civil; siempre y cuando se acredite que la sentencia condenatoria penal no contempló todos los daños o variedad de perjuicios que se solicitan en la demanda civil, ejerciendo y resguardando los derechos de quien ha resultado perjudicada (sic) con el hecho delictivo (...)”²⁴

Lo hasta aquí esbozado lo presentamos como propuesta al VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República²⁵, en cuyo Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, se acogió nuestra propuesta aprobándose el siguiente texto:

“15. Como se advierte del párrafo precedente, si bien se está frente a una pretensión de índole resarcitoria, la Ley procesal exige que el perjudicado –que ejerce su derecho de acción civil– precise específicamente el quantum indemnizatorio que pretende. Ello conlleva a que individualice el tipo y alcance de los daños cuyo resarcimiento pretende y cuánto corresponde a cada tipo de daño que afirma haber sufrido. Con esta medida la norma procesal persigue dar solución a un problema sumamente grave en nuestro ordenamiento judicial pues con el transcurrir del tiempo la práctica tribunalicia revela que los montos dinerarios que se establecen por concepto de reparación civil en sede penal son relativamente menores y no guardan relación ni proporción con el hecho que forma parte del objeto procesal”.

Oportunidad de Constitución

En lo concerniente a la oportunidad de la constitución en actor civil, el artículo 101 del CPP del 2004, señala que la misma deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria, sin embargo, esta etapa procesal, en general, consta de dos sub etapas: a) Las diligencias preliminares de Investigación, en las que el director de la inves-

24 Publicada en separata del Diario Oficial *El Peruano* del 2 de julio del 2007, p. 19809-19810.

25 Parte de la referida propuesta fue publicada en *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 29. Noviembre 2011. *Gaceta Jurídica*, p. 189.



tigación, esto es el fiscal, las puede realizar directamente o puede pedir el apoyo de la Policía (Art. 330 del CPP del 2004) y b) La investigación preparatoria propiamente dicha que se inicia cuando el Fiscal dispone la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria. En ese orden de ideas surge la pregunta si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la sub etapa de diligencias preliminares de investigación, o es menester que ya se haya formalizado la continuación de la investigación preparatoria.

Al respecto, para mantener la coherencia en nuestra posición, debemos precisar que como quiera que nuestro sistema procesal ha adoptado la posición de la acumulación de pretensiones, en donde se admite que la pretensión civil - resarcitoria, se acumule a la pretensión punitiva estatal, dentro del cauce de un proceso penal. A ello debemos agregar que el Ministerio Público formula su acto postulatorio de manera gradual y secuencial, el mismo que empieza por la formalización de la investigación preparatoria, y que continúa, sobre todo, con la formulación de la acusación. Por ende, al momento que se viene realizando las diligencias preliminares de investigación, el Fiscal no ha ejercido acto postulatorio alguno, no tiene ninguna pretensión procesal, por lo que mal podría acumularse a ella la pretensión resarcitoria del perjudicado con el daño causado por la comisión del delito. Distinto es el caso en el que ya se haya formalizado la continuación de la investigación preparatoria, donde el fiscal ya ha generado el inicio de su acto postulatorio y el cual ha sido debidamente notificado al Juez de Garantía (Art. 336.3 del CPP del 2004), situación procesal donde sería factible la acumulación de pretensiones.

Esta posición es corroborada en el ya citado Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre del 2011, en el que se señala:

“16. (...) En este punto lo que cabe dilucidar es si la petición de constitución en actor civil puede hacerse en la fase de diligencias preliminares –que integra la investigación preparatoria–, o si resulta necesario que se haya formalizado la continuación de la Investigación Preparatoria.

17. Es de descartar la primera posibilidad fundamentalmente porque, como bien se sabe, al momento que se vienen realizando las diligencias preliminares el Ministerio Público aún no ha formulado la inculpación formal a través de la respectiva Disposición Fiscal; esto es, no ha promovido la acción penal ante el órgano jurisdiccional, por lo que mal podría acumularse a ella una pretensión



resarcitoria en ausencia de un objeto penal formalmente configurado. Por lo demás, debe quedar claro que con la formalización de la Investigación Preparatoria propiamente dicha el Fiscal recién ejerce la acción penal, acto de postulación que luego de ser notificado al Juez de la Investigación Preparatoria (artículos 3 y 336.3 del Código Procesal Penal) permite el planteamiento del objeto civil al proceso penal incoado”.

6. ¿CONTRADICCIÓN SISTÉMICA?

A nivel de bosquejo es de destacar una situación normativa que podría presentar defectos sistémicos con relación al modelo de acumulación de pretensiones autónomas asumido por el CPP del 2004. Efectivamente, tal como lo asevera Del Río Labarthe, nuestra norma procesal presenta una deficiente regulación de la persecución de la acción civil en la etapa intermedia, dejando un casi inexistente campo de acción al actor civil²⁶. En esa línea de ideas, podemos apreciar que, en su artículo 349.1.g), establece que la acusación fiscal deberá contener el monto de la reparación civil (...), para encontrarle sentido a esta norma, debemos partir de un criterio teleológico, a partir de determinar que nuestro ordenamiento procesal ha buscado que el perjudicado logre una adecuada reparación del daño sufrido a partir de dotarlo de un mecanismo procesal consistente en una acumulación autónoma de pretensiones en sede penal.

Teniendo en consideración el criterio mencionado y en aplicación del método sistemático por comparación con otras normas²⁷, podemos partir del contenido claro e indiscutible establecido en el artículo 11.1 del CPP del 2004, que establece que la legitimidad procesal del fiscal para perseguir la pretensión resarcitoria cesa cuando el perjudicado se incorpora al proceso como Actor Civil, en esa línea de ideas, la norma bajo comentario solo tendrá lógica regulativa si es que estamos en un contexto en el que el agraviado no se ha constituido en actor civil, y por ende, el Ministerio Público mantiene la legitimidad legal ya mencionada para perseguir la pretensión resarcitoria.

Caso contrario, de existir actor civil, permitirle al Fiscal pretensionar en su acto postulatorio de acusación, el pago de una reparación civil, sería permitir que un sujeto del proceso se irroge ilegalmente atribuciones de las

26 DEL RÍO LABARTHE, G. Op. cit., p. 74 y ss.

27 RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. 8ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, p. 267.



que carece, y lo que es peor, subrogando y soslayando el derecho del legitimado por ley. Al respecto recordemos lo señalado en el Acuerdo plenario N° 5-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011:

“En tal virtud, la participación del Ministerio Público será por sustitución, esto es, representa un interés privado. Por ello, su intervención cesa definitivamente cuando el actor civil se apersona al proceso”.

Sin embargo, una norma que ofrece mayores complicaciones es la contenida en el artículo 350.1.g) cuando menciona, que las partes a quienes se les haya notificado la acusación, podrán “objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral”

Resulta evidente que la parte llamada a objetar la reparación civil, es el obligado a asumir su pago y que pueden ser los acusados o el tercero civil. El problema surge respecto al extremo referido a “reclamar su incremento o extensión”, pedidos que obviamente no van a efectuar los sujetos obligados a pagar el resarcimiento ni tampoco lo podría hacer el agraviado, porque éste no tiene ninguna pretensión resarcitoria en el proceso penal, su pretensión está más vinculada con la “búsqueda de la verdad”, y por ende, su interés procesal relacionado con la pretensión punitiva del Estado (artículo 95 del CPP del 2004).

En consecuencia, el único que podría reclamar es el Actor Civil, pero entonces cabe preguntarnos, si el artículo 11.1. del CPP del 2004, le ha otorgado a él la legitimidad persecutoria de la pretensión resarcitoria, y para lo cual ha obtenido legitimidad procesal a través de su constitución en actor civil, luego de cumplir con lo establecido por los artículos 98 y 100 del acotado Código Adjetivo ¿Por qué tendría que depender la persecución de su pretensión y por ende el monto de su resarcimiento, de un sujeto del proceso, como es el Ministerio Público, que justamente si por algo se caracteriza es POR NO TENER LEGITIMIDAD PROCESAL PARA PERSEGUIR LA PRETENSIÓN RESARCITORIA A TENOR DE LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 11.1. DEL CPP DEL 2004?

Esto desnuda no solo una grave contradicción del CPP del 2004, sino además una falta de congruencia al obligar al Ministerio Público a perseguir una pretensión respecto de la cual no tiene legitimidad, por disposición del propio Código. Esta constatación nos podría llevar a barajar la tesis de que estamos frente a un rezago de la normatividad contenida en el Código de Procedimientos Penales, en donde el Ministerio Público, aún cuando hubiese parte civil, mantenía la legitimidad persecutoria de la pretensión resarcitoria.



Frente a este panorama, nos inclinamos por sostener que una de las soluciones radica en que el Ministerio Público al momento de formular acusación en un proceso en el que exista actor civil, debe de manera expresa abstenerse de emitir pronunciamiento alguno con relación a la reparación civil por carecer de legitimidad procesal para ello a tenor de lo establecido por el artículo 11.1 del CPP del 2004. No debiendo el Juez de la investigación Preparatoria obligarlo a emitir pronunciamiento por un mero prurito formalista, ya que es de recordar que las formalidades tiene sentido en la medida que buscan garantizar derechos fundamentales, pero en el caso que el Fiscal no emita opinión sobre la pretensión resarcitoria no genera vulneración de derecho fundamental alguno ni mucho menos indefensión del actor civil, ya que es de tenerse en cuenta que la naturaleza de esta pretensión es civil y, por ende, se rige por dicha normatividad, en ese orden de ideas, el sujeto del proceso legitimado para su persecución, esto es el Actor Civil, ya formuló su acto postulatorio cuando presentó su solicitud de constitución en actor civil, allí está contenida su explicación respecto a los daños sufridos y la cuantificación de los mismos, y como acto postulatorio, en aplicación del principio procesal de congruencia, el Órgano Jurisdiccional se encuentra obligado a pronunciarse respecto de él: el Juez de Garantía a nivel de saneamiento (etapa intermedia) y el juez de Fallo a nivel de Juzgamiento.

Caso contrario si vamos a pretender que la pretensión resarcitoria y su cuantía dependan de un sujeto sin legitimidad procesal como es el Fiscal, entonces cabe preguntarnos para que obligamos al agraviado a constituirse en actor civil y a probar su pretensión, si finalmente quien va a judicializar dicha pretensión y quien va a fijar su cuantía es otro sujeto procesal. En ese orden de ideas, mejor el agraviado no se constituye en actor civil, y deja que el Fiscal ejerza la legitimidad legal a la que ya hemos hecho alusión. Obviamente, no tiene sentido, y asumir una interpretación formalista, a nuestro criterio, afectaría el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del actor civil, al limitarle una vía judicial a través de la cual pueda accionar en aras de obtener un resarcimiento del daño sufrido.

A modo de conclusión señalamos lo siguiente:

- a) Al constituirse el agraviado en actor civil, cesa la legitimidad procesal del Ministerio Público de perseguir la pretensión resarcitoria, tal como lo establece el artículo 11.1. del CPP del 2004.
- b) La solicitud de constitución en actor civil es similar a una demanda y como tal contiene el acto postulatorio del Actor Civil, por ello, es que se le exige que explique cómo sufrió los daños ocasionados por la comisión del delito, que explique en qué consisten estos daños, que cuanti-

fique su resarcimiento y que aporte los medios de prueba que acredite su petitorio.

- c) Teniendo en consideración lo señalado en los puntos anteriores, queda claro que el Ministerio Público, al plasmar su acto postulatorio en la respectiva acusación, no tiene obligación alguna de pronunciarse respecto a la pretensión resarcitoria, en principio, porque al existir actor civil no tiene legitimidad para hacerlo, y en segundo lugar, porque ya existe un acto postulatorio al respecto formulado por un sujeto del proceso legitimado para ello, como es el Actor Civil.
- d) En ese entendido la norma contenida en el artículo 349.1.g) solo resulta de aplicación en la medida que no exista actor civil debidamente constituido, porque ello implica que el Ministerio Público mantiene la legitimidad legal para perseguir la pretensión resarcitoria.
- e) Como quiera que la petición de constitución en actor civil constituye un acto postulatorio, el Órgano Jurisdiccional se encuentra obligado a pronunciarse respecto de él, en estricta aplicación del principio de congruencia, que es el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes (en los procesos civiles, comerciales, laborales y contencioso administrativos) y entre la sentencia y las imputaciones formuladas al procesado y las defensas formuladas por éste contra las imputaciones (...) ²⁸, debiendo recordar la naturaleza civil de la pretensión resarcitoria. Por ello, es que el Órgano jurisdiccional está obligado, en virtud del principio mencionado, a pronunciarse respecto a la pretensión punitiva contenida en la acusación como respecto a la pretensión resarcitoria contenida en la solicitud de constitución en actor civil.

7. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL TERCERO CIVIL

Definición

El artículo 111.1 del CPP del 2004, señala que el tercero civil es la persona que conjuntamente con el imputado tiene responsabilidad civil por las consecuencias del delito. En ese sentido es de precisar que se trata de un sujeto del proceso cuya vinculación al proceso penal está referida únicamente a la pretensión resarcitoria de naturaleza civil, razón por la

28 DEVIS ECHANDIA. Hernando. *Teoría general del Proceso*. Tomo I. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1984, p. 49 y 50.



que estamos frente a un sujeto del proceso de naturaleza pasiva, ya que él es uno de los convocados por la pretensión del Actor Civil a responder por los daños sufridos por éste como consecuencia de la comisión de un delito, que por cierto no ha cometido el tercero civil, lo que significa que el factor atributivo de responsabilidad a utilizarse en este caso es objetivo, ajeno qué duda cabe al Derecho Penal. Es, por ello, que de manera clara y concisa el artículo mencionado señala respecto a este sujeto del proceso que “tiene responsabilidad civil”.

El procesalista Oré Guardia, señala que el tercero civil como sujeto del proceso, es la persona natural o jurídica que, sin haber intervenido en la comisión de un hecho punible, está llamado a responder civilmente por los perjuicios ocasionados por los autores o partícipes del hecho delictivo, cuando exista una relación especial de dependencia entre estos y los terceros obligados y dicha particular situación jurídica determine la existencia de una obligación solidaria²⁹.

El vínculo jurídico con el imputado

Como quiera que la incorporación del tercero civil al proceso penal está relacionada con la pretensión resarcitoria, queda claro que el fundamento de la responsabilidad civil que se le pretende atribuir está condicionada a la existencia de un daño, pero no basta solo ello para justificar su inclusión, sino que se requiere determinar la existencia de un vínculo jurídico o factor atributivo de responsabilidad civil, que relacione al candidato a tercero civil con el sujeto activo del delito, relación que debe ser de tal entidad que determine que aquel responda solidariamente por el daño causado e imputado a éste.

El Magistrado Cesar San Martín Castro, citando a Font Sierra, señala que la responsabilidad civil del tercero civil requiere del cumplimiento de dos requisitos: a) El responsable directo o principal (sujeto activo del delito) está en una relación de dependencia (el responsable principal no debe actuar según su propio arbitrio, sino sometido –aunque sea potencialmente– a la dirección y posible intervención del tercero); y b) El acto generador de la responsabilidad (continúa dicho autor, esta vez citando a Moreno Catena). Con referencia a la relación de dependencia, se requiere que el hecho realizado se halle inscrito dentro de un ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas y en el seno de la

29 ORE GUARDIA, A. Op. cit., p. 355.



actividad, cometido o tareas confiadas al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación³⁰. Guillermo Bringas, en igual sentido refiere que la responsabilidad civil del tercero civil se activa cuando: a) el responsable del hecho considerado delito se encuentre en una relación de dependencia con el tercero civil, sin importar el título formal que los vincule; y b) Que el hecho dañoso constitutivo de delito haya sido realizado en desempeño de las obligaciones y servicios del dependiente³¹.

En igual sentido, pero haciendo expresa mención a la legitimación sustantiva del tercero civil, Loutayf Ranea, precisa que el tercero cuya citación se persigue debe ser una persona a quien, sobre la base de las leyes civiles, se le atribuye responsabilidad por el hecho del imputado y no por un daño causado por otro hecho, circunstancia y vinculación jurídica distinta (...) La responsabilidad del tercero civilmente demandado por un hecho delictivo –insistimos– no causado por él, debe ser instituida por la ley³².

Como quiera queda claro que la naturaleza jurídica de la pretensión resarcitoria es civil y que, por ende, son sus reglas las aplicables para determinar quienes son las personas obligadas a asumir su satisfacción, resulta lógico sostener que la determinación del vínculo jurídico que debe existir entre el tercero civil y el autor directo del daño depende de factores de atribución de responsabilidad civil.

En ese orden de ideas, sostenemos que la incorporación de una persona, sea esta natural o jurídica, como tercero civil, pasa primero por verificar la existencia de un daño civil resarcible causado por un delito, luego de ello implica determinar la existencia de un vínculo jurídico entre el autor de dicho delito, y por ende, responsable directo del resarcimiento del daño y la persona que se pretende incluir como tercero civil, vínculo jurídico de connotación, qué duda cabe, extrapenal.

Sin embargo, la determinación del Vínculo Jurídico no se agota con establecer la existencia de una relación de dependencia o subordinación, ya que se requiere además establecer que el hecho dañoso (el que realizó el sujeto activo del delito) se haya cometido con ocasión del ejercicio de

30 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. Grijley, Lima, 1999, p. 209.

31 GUILLERMO BRINGAS, Luis. *La reparación civil en el proceso penal*. Pacífico editores. Lima, 2011, p. 106.

32 LOUTAYF RANEA, Roberto y FELIX COSTAS, Luis. *La acción civil en sede penal*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2002, p. 223.



las funciones u obligaciones asignadas al autor del hecho, es decir, que tal hecho se haya encontrado dentro de su esfera funcional establecida en la relación de dependencia o subordinación que tenía con la persona que se pretende incluir como tercero civil.

En ese sentido, el profesor Juan Espinoza Espinoza, señala que para que se configure este tipo de responsabilidad (que es un supuesto de responsabilidad civil por acto ajeno o de tercero) deben darse los siguientes requisitos: a) Una relación de subordinación; b) Que el subordinado ocasione daños; y c) Que exista una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre **el ejercicio de las funciones** y el daño³³. Esta precisión es de suma importancia, porque debemos entender que para que opere este tipo de responsabilidad civil no es suficiente, por ejemplo, que un empleado cause un daño a tercero, a través de un acto que puede calificarse como delito, al interior de su centro de trabajo, para que el empleador tenga la obligación de resarcir al agraviado, es menester, adicionalmente, establecer que el comportamiento dañoso, del autor del delito, se haya engarzado dentro del ejercicio de las funciones asignadas a esta persona. En otras palabras, el daño debe haberse producido con ocasión de que el sujeto activo del delito realizaba un comportamiento vinculado con las funciones propias de su cargo o función. No tener clara la necesidad de identificar este requisito propio del vínculo jurídico al que hace referencia el artículo 111.2 del CPP del 2004, podría llevarnos a conclusiones poco felices, como puede ocurrir cuando se pretende que una empresa o persona jurídica, en general, responda civilmente, porque uno de los miembros de su área de limpieza, en un momento de furia o cegado por los celos, disparó contra su compañero ocasionándole la muerte, hecho producido al interior del centro de trabajo. En este supuesto, creemos que no existe responsabilidad civil susceptible de ser transferida al empleador, por la simple razón de que el disparar contra un compañero no se encuentra dentro del ámbito funcional de su empleado de limpieza.

En conclusión creemos que para poder incluir válidamente a una persona, sea esta natural o jurídica, como tercero civil, es menester cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Determinar la existencia de un daño civil causado por un acto calificado como delito.

33 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Op. cit., p. 296-297. El subrayado es nuestro.



- b) Establecer que existe un vínculo jurídico, de naturaleza extrapenal, entre el sujeto activo del delito y la persona, natural o jurídica cuya inclusión como tercero civil se pretende.
- c) La determinación del vínculo jurídico implica establecer la relación de subordinación o dependencia que debe existir entre el sujeto activo del delito y la persona, natural o jurídica, cuya inclusión se pretende a título de tercero civil.
- d) La determinación del vínculo jurídico implica establecer que el acto dañoso, realizado por el sujeto activo del delito, se encontraba dentro del ejercicio funcional propio del sujeto activo del delito, es decir, que el daño se produjo por un acto que se encontraba dentro de la esfera de competencias del autor del hecho ilícito.
- e) Finalmente debe precisar, quien pretenda incorporar a una persona como tercero civil, el tipo de responsabilidad civil que le imputa y la cual debe tener sustento legal.

La Legitimidad para solicitar su incorporación

El artículo 111.1 del CPP de 2004 señala que la incorporación del tercero civil podrá hacerse a petición del Ministerio Público o del Actor, lo que es correcto, porque la norma se pone en los dos escenarios posibles previstos en el artículo 11.1 del mismo cuerpo normativo, es decir, si no hay actor civil, por la legitimidad legal que tiene el Ministerio Público para perseguir la pretensión resarcitoria, quien tiene que pedir la inclusión del tercero civil, es obviamente el Fiscal. Pero si hay actor civil, y, por ende, es el legitimado para perseguir la pretensión resarcitoria, quien tiene que solicitar la incorporación del tercero civil solo podrá ser el Actor Civil y no el Ministerio Público, por la sencilla razón que ya no tiene legitimidad para ello.

Interpretar que, en cualquier caso, el Ministerio Público puede solicitar la inclusión de un tercero civil, es simplemente, a nuestro criterio un error interpretativo grave que parte de olvidar no solo el mandato expreso del artículo 11.1 del CPP del 2004, sino que el rol procesal del tercero civil no está vinculado con la pretensión punitiva del Estado, cuya titularidad la detenta el Ministerio Público, sino con la pretensión resarcitoria, cuya titularidad la detenta el Actor Civil, y sólo a falta de éste, por mandato legal, el Ministerio Público.



COMENTARIO 2:

LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA REPARACIÓN CIVIL

JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda el ámbito de la responsabilidad civil derivada del hecho punible o acto constitutivo de delito¹, entendida como la disciplina que se ocupa de la indemnización de los daños ocasionados por actos humanos que contravienen el deber genérico de no causar perjuicio a los demás y que, a su vez, el Derecho los considera lesivos a bienes jurídicos penalmente tutelados o, desde la posición funcionalista sistémica, lesivos a la firmeza de las expectativas normativas esenciales que pretenden la estabilización social.

La connotación problemática se manifiesta en que, a pesar de existir normas taxativas, la sociedad considera que la justicia penal está orientada exclusivamente a prevenir y reprimir conductas delictivas efectivizando el *ius puniendi* estatal, sin embargo, se pierde de vista un aspecto trascendental, el referido a la problemática socioeconómica de las víctimas del daño, entendido como el menoscabo a intereses jurídicamente tutelados, ya sean de índole patrimonial o extrapatrimonial, realidad que nos revela un escenario de agraviados desprotegidos.

En ese contexto, es necesario hacer referencia a un aspecto íntimamente relacionado con la cuestión, como lo es la actuación de los órganos jurisdiccionales penales en el proceso de determinación de la reparación civil; en tal sentido, de los pronunciamientos a los que se ha tenido acceso, a través de publicaciones periódicas o por recopilaciones de diversos autores, se advierte una reducida aplicación de la teoría de la responsabilidad civil, deficiencia que se traduce en la ausencia de criterios uniformes y la consiguiente vulneración de la garantía constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.

El acto constitutivo de delito genera consecuencias de carácter penal, como lo es la imposición de una pena o medida de seguridad, y en tanto

* Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de la Libertad.

1 Denominación que se considera más acorde con su naturaleza de “responsabilidad civil derivada del delito”. Esta última denominación deja entrever que la existencia del delito, jurídicamente considerado, es el presupuesto del cual se deriva la responsabilidad civil, ello en estricto no es así, pues un acto puede generar tanto responsabilidad civil como responsabilidad penal.



ocasiona un daño resarcible, puede irrogar también la atribución de responsabilidad civil, específicamente de responsabilidad extracontractual; coincidiendo en ese sentido con Boldova Pasamar y Alastuey Dobón², así como el presupuesto de la responsabilidad penal es la culpabilidad del agente, el presupuesto de la responsabilidad civil lo constituye el daño resarcible, pues aquella no tendría sentido si no existen consecuencias generadas por la lesión de intereses jurídicamente protegidos.

El desarrollo temático comprende el ámbito de la acción civil derivada del hecho punible en sede penal, su naturaleza jurídica, la justificación de la acumulación de acciones, el tratamiento que le concede el nuevo Código Procesal Penal y finalmente se desarrollarán algunos aspectos vinculados a la determinación judicial de la reparación civil. Es propósito del presente trabajo llamar la atención sobre la necesidad de desplegar una adecuada argumentación a la luz de la exigencia de debida motivación, acercando al operador del proceso penal con uno de los aspectos resaltantes de la responsabilidad civil e incentivando el desarrollo de criterios coherentes que informen el proceso de su determinación.

II. LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE EN SEDE PENAL: LA REPARACIÓN CIVIL

El acto humano ilícito puede dar origen a una acción en procura de dilucidar la responsabilidad penal del imputado (acción penal), pero también puede dar origen a una acción orientada al resarcimiento del daño (acción civil), en caso este se produzca. La reparación civil en el proceso penal debe ser entendida como la materialización de cualquier mecanismo orientado a restituir a la víctima de un daño, la situación previa a la perpetración del acto lesivo. Sobre esta última manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional se ha producido una amplia discusión, en efecto, la problemática está relacionada no solo con la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada del acto constitutivo de delito, sino respecto de su utilidad y pertenencia al Derecho Penal, informado por la teoría del delito.

1. Naturaleza jurídica de la reparación civil

Doctrinariamente se han expuesto argumentos que defienden la naturaleza penal de la reparación civil, no solo por su ubicación normativa en

2 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Coordinador Luis Gracia Martín. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, pp. 472-473.



la legislación sino por el hecho de tener como presupuesto la existencia de un delito. Otro sector considera que esta responsabilidad es de naturaleza mixta, tanto civil como penal, y finalmente, un sector mayoritario considera que su naturaleza jurídica es eminentemente civil.

1.1. Posición que defiende su naturaleza penal

Algunos autores como Alastuey Dobón, Puig Peña y Reyes Montreal defienden la naturaleza penal de la reparación civil. Argumentan que los preceptos que la regulan se encuentran previstos en el Código Penal y que su presupuesto es la comisión de un delito o falta; aunado a ello, sostienen que ello se fundamenta en la necesidad de que el Derecho Penal restaure todos los aspectos del ordenamiento jurídico lesionados por el acto ilícito.

Los argumentos de esta posición doctrinaria han sido cuestionados por Margarita Roig, quien respectivamente sostiene que la ubicación sistemática de una norma “no prejuzga en absoluto la naturaleza del contenido sustantivo de la misma”³, que el segundo argumento desconoce que el hecho en concreto puede dar lugar tanto a un ilícito penal como a un ilícito civil en tanto genere un daño, y finalmente, en cuanto al tercero, que no se le puede conferir al Derecho Penal una finalidad tan amplia como la de restaurar todos los aspectos del orden jurídico, pues, como es unánimemente admitido, este es la última ratio y obedece al principio de mínima intervención.

1.2. Posición que defiende su naturaleza civil

Esta mayoritaria posición considera que su naturaleza eminentemente civil no puede ser cuestionada ni por la ubicación de las normas que la regulan ni por la competencia conferida legalmente a los jueces penales, quienes por serlo, no están impedidos de pronunciarse por aspectos no penales. Como ya se ha sostenido, los preceptos de dicha responsabilidad provienen del Derecho Civil, ámbito al que imperiosamente debe acudir el juez para resolver los casos puestos a su conocimiento. Es parte de la denominada responsabilidad civil extracontractual, cuyo acto ilícito generador del daño es a la vez constitutivo de delito.

En ese sentido se pronuncia García Pablos cuando refiere que la responsabilidad civil “no es un instrumento penal” ni puede asociársele a

3 ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 92.



fundamento ni fines político-criminales. La responsabilidad civil depende de la entidad de los daños y perjuicios ocasionados⁴. Desde esta posición y conforme lo establece también el Código Penal, son aplicables al tratamiento de este tipo de responsabilidad las normas del ordenamiento civil.

1.3. Posición que la considera de naturaleza mixta

Un sector minoritario de la doctrina sostiene que la reparación civil tiene naturaleza mixta. Se argumenta que si bien su esencia es privada por serle aplicable las normas del Derecho Civil, su tratamiento debe conciliarse con los postulados del ordenamiento penal, teniendo en cuenta su origen delictivo y los fines de restaurar el orden social en todos sus aspectos.

2. Fundamento de la acumulación de acciones

Se debe tener claro que tanto la acción derivada del acto constitutivo de delito como la acción de responsabilidad civil extracontractual son manifestaciones del mismo derecho a la tutela jurisdiccional. La diferencia estriba en que mientras la primera es de conocimiento de los órganos jurisdiccionales penales, la segunda se ejerce ante los órganos jurisdiccionales civiles. De lo antedicho se puede concluir que la acción civil acumulada en el proceso penal, como refiere Irene Nadal, no es más que la posibilidad de ventilar la responsabilidad civil causada por determinados hechos en el mismo proceso en el que se juzga su posible ilicitud penal⁵.

La acumulación de ambas acciones en el proceso penal encuentra su origen en razones históricas y de coyuntura. En efecto, en España, las consecuencias civiles del hecho punible fueron abordadas por el primer Código Penal al no existir codificación civil. Esta materia de eminente naturaleza privada se fue manteniendo en los sucesivos códigos penales e incluso no sufrió modificación alguna con la promulgación del Código Civil de 1889, salvo la necesaria remisión a las normas sustantivas relativas a la responsabilidad.

El indistinto tratamiento normativo se ha reflejado también en el escaso desarrollo doctrinario de la temática, como refiere López Beltrán: "Los

4 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 348.

5 NADAL GÓMEZ, Irene. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 25.



civilistas no se han preocupado excesivamente, por estar regulada en normas encuadradas en el Código Penal y los penalistas tampoco se han detenido en su estudio por considerar civiles a las normas sobre responsabilidad civil recogidas en el Código Penal”⁶.

En el ámbito nacional, la obligatoria acumulación tiene como fundamento básicamente el principio de economía procesal y la necesidad de brindar una efectiva e integral protección a la víctima. En el caso peruano, se podría decir que la acción civil trastoca su naturaleza privada cuando se le confiere al Ministerio Público la facultad de ejercitarla.

Si bien el origen de la acumulación de acciones es histórico, como refiere Gálvez Villegas, su fundamento está en que “la fuente de la responsabilidad penal y de la responsabilidad civil, que a su vez dan origen a ambas acciones, es la misma”⁷. Tanto la acción penal como la acción civil tienen como origen el mismo supuesto de hecho que las partes deben acreditar en el proceso, así como también lo deben hacer respecto de la lesión del bien jurídico y de la atribución de la responsabilidad. Como refiere el citado autor, lo probado en el proceso con relación al hecho, la intervención de los procesados, el resultado lesivo, entre otros aspectos, servirán para resolver conjuntamente ambas acciones⁸.

La acción para exigir la responsabilidad civil derivada del acto constitutivo de delito es una sola, sin embargo, el ordenamiento jurídico concede al perjudicado la posibilidad de optar por ejercitarla ante el ordenamiento jurídico civil o conjuntamente con la acción penal. Queda claro que las normas aplicables a las consecuencias derivadas de la lesión de intereses jurídicamente protegidos de naturaleza privada serán las de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la opción por ejercitar acumulativamente ambas acciones, como se ha referido, responde a los principios de economía procesal y unidad de proceso en procura de una eficiente y eficaz administración de justicia orientada, en este aspecto, al resarcimiento a la víctima.

-
- 6 LOPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 13.
 - 7 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999, p. 59.
 - 8 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. “Naturaleza jurídica de la pretensión civil en el proceso penal y de la reparación civil generada por el delito”. En: *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*. Dirigida por José Urquiza Olaechea. Idemsa, Lima, 2007, pp. 368-369.

Uno de los temas que deriva de la acumulación de acciones y que genera discusión, es el referido a la prescripción de la acción civil. Sobre el particular, si bien es conocido que el cómputo de la prescripción de la acción civil y penal es independiente, tratándose de la acción resarcitoria derivada del hecho punible, según el artículo 100 del Código Penal, estará vigente mientras subsista la acción penal.

3. Perspectivas de la acción civil en sede penal con respecto a la víctima

La polémica respecto de la naturaleza jurídica de la reparación civil se extiende también al tema de su utilidad y finalidad en el proceso penal. Por un lado, existe una posición que propone que su tratamiento debe ser confiado exclusivamente a la jurisdicción civil, pues no cumple una función de prevención de delitos en salvaguarda de bienes jurídicos, y otros que, basados en fines político-criminales, plantean su reconceptualización como un verdadero fin del proceso penal.

Sobre el particular, Eduardo Ramón Ribas refiere que el mantenimiento de un régimen de responsabilidad civil en el Código Penal “solo tendría sentido si las excepciones al régimen general del Código Civil, las diferencias con este, sirvieran para mejorar la situación de la víctima del delito”⁹. Sobre este punto, el citado autor sostiene que, en la actualidad, dicho régimen no se justifica, porque no mejora la posición de la víctima sino que más bien la empeora, su regulación perjudica a quien debería beneficiarse de esa excepción del sistema de responsabilidad civil previsto en la legislación de la materia. Adicionalmente, un sector de la doctrina opina que se debería consagrar a nivel constitucional el derecho a la reparación justa como criterio orientador a tener en cuenta por los operadores jurídicos para establecer el quantum indemnizatorio¹⁰.

3.1. La reparación civil como tercera vía en el proceso penal

Existe una posición doctrinaria que considera que la reparación civil debe integrarse en el ordenamiento jurídico penal como “tercera vía” al lado de las penas y medidas de seguridad. Esta corriente tiene su

9 RAMÓN RIBAS, Eduardo. “La responsabilidad civil derivada del delito ¿una herramienta de política criminal o invasión del Derecho Civil” En: *Tratado de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal contemporáneo*. Obra colectiva, Normas Legales. (coordinador: Jorge Luis Collantes Gonzales), Trujillo, 2004, p. 88.

10 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 253.



antecedente en la consideración de la reparación civil como sanción jurídico-penal y, por ende, con finalidades preventivo generales y especiales. Se sostiene que cumple un fin preventivo general positivo, pues la sociedad experimenta que el autor del daño cumple con resarcirlo, generando confianza en la eficacia del sistema; un fin preventivo general negativo, procurando intimidar a la sociedad con la amenaza de su aplicación, y finalmente un fin preventivo especial, toda vez que persigue que el autor reconozca su delito y se reinserte en la sociedad.

Esta corriente se fundamenta en razones de política criminal y considera a la reparación civil como un instrumento penal, asimilándola a las penas y medidas de seguridad. Se sostiene que la reparación tiene una función preventivo-general positiva que se materializa cuando la sociedad percibe no solo que el ilícito penal es sancionado con una pena o medida de seguridad, sino que la víctima ha logrado el resarcimiento del daño irrogado, logrando con ello la composición integral del conflicto.

Los postulados de esta posición han sido tomados en cuenta en el desarrollo de los llamados acuerdos reparatorios que privilegian el resarcimiento del daño ocasionado a la víctima del delito, posibilitando en algunos casos la atenuación y la exención de pena para el autor respecto de determinadas conductas delictivas. Si bien desde el punto de vista político-criminal constituye una alternativa válida para componer el conflicto, no cabe duda que la reparación civil no puede ser homologada a la pena y a la medida de seguridad, menos aún ser considerada en todos los casos como su sustitutivo.

La discusión sobre la ubicación, regulación y utilidad de la reparación civil en sede penal debe centrarse en mejorar la situación de la víctima, si bien queda claro que para la determinación de la reparación civil se tienen que observar las normas civiles referidas a la responsabilidad extracontractual, nada impide que, partiendo de su posible determinación en el proceso penal, se convierta en un instrumento que contribuya a privilegiar la posición de las víctimas, consiguiendo, sin habersele confiado legislativamente, fines de prevención general.

3.2. La acción civil en el nuevo Código Procesal Penal

En este apartado nos referiremos brevemente a algunos aspectos resalantes del tratamiento procesal de la acción civil derivada del delito en el nuevo Código Procesal Penal¹¹.

11 Promulgado mediante Decreto Legislativo N° 957.

a) Titular del ejercicio de la acción civil

Según lo previsto por el artículo 98 del Código Procesal Penal, la acción civil en el proceso penal solo puede ser ejercida por quien resulte perjudicado por el hecho punible, es decir, por quien según las normas de Derecho Civil se encuentre legitimado para reclamar el resarcimiento¹².

Esta previsión atinada y consecuente con la naturaleza privada, facultativa y disponible de la acción, no se condice con lo previsto por el artículo 11 del mismo cuerpo adjetivo, que legitima al Ministerio Público para el ejercicio de dicha acción, primero, de manera categórica y después con énfasis en su subsidiariedad¹³. El legislador ha optado por mantener la legitimación extraordinaria del Ministerio Público para ejercitar la acción civil, no obstante, no ser titular del derecho subjetivo privado.

b) Ejercicio alternativo de la acción civil

El Código Procesal Penal prevé en su artículo 12 el ejercicio alternativo de la acción civil, sea en el proceso penal o ante el orden jurisdiccional civil, disponiendo que una vez ejercitada una de las opciones, no podrá deducirse en la otra vía jurisdiccional¹⁴. Se dispone además que si por algún motivo la persecución penal no puede proseguir, sea porque se disponga la reserva del proceso o por alguna consideración legal, la acción civil derivada del hecho punible podrá ser ejercida en la vía civil.

Un aspecto bastante discutido a nivel doctrinario es el referido a la posibilidad de que el órgano jurisdiccional penal se pronuncie so-

12 No nos referimos al titular del bien jurídico penalmente tutelado, sino a quien puede verse afectado por las consecuencias de la lesión de intereses privados jurídicamente protegidos.

13 Esta disposición guarda relación con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que establece que: "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado, que tiene como función principal la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos: la persecución del delito y la reparación civil", adoptando un criterio protector de la víctima.

14 A propósito de ello, es bastante cuestionable lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 2182-2006-Santa (publicada en *El Peruano* del 03-07-07): el Tribunal sostiene que si en el proceso penal se ha señalado una reparación económica a favor del actor, quien en dicho proceso se constituyó en parte civil, ello no es óbice para que, con mayores elementos de juicio, se reclame ante la vía civil el *quantum* indemnizatorio correspondiente a la lesión ocasionada al actor.



bre la acción civil en aquellos casos en los que no se llega a determinar la responsabilidad penal del imputado. En la práctica judicial peruana, la responsabilidad civil se determina únicamente cuando se llega a establecer la responsabilidad penal, caso contrario, en la sentencias absolutorias o en los autos que ponen fin al proceso sin pronunciamiento sobre la responsabilidad penal, ni siquiera se alude a ese extremo, no obstante, la existencia de una pretensión sea del actor civil o del Ministerio Público.

Adicionalmente, se cuestionan aquellos supuestos en los que no existiendo materialmente daño resarcible, el órgano jurisdiccional se pronuncia determinando una reparación civil, como sucede en los delitos de peligro abstracto, como la tenencia ilegal de armas de fuego, o en casos de tentativa de delito, a los que comúnmente se hace referencia en la doctrina.

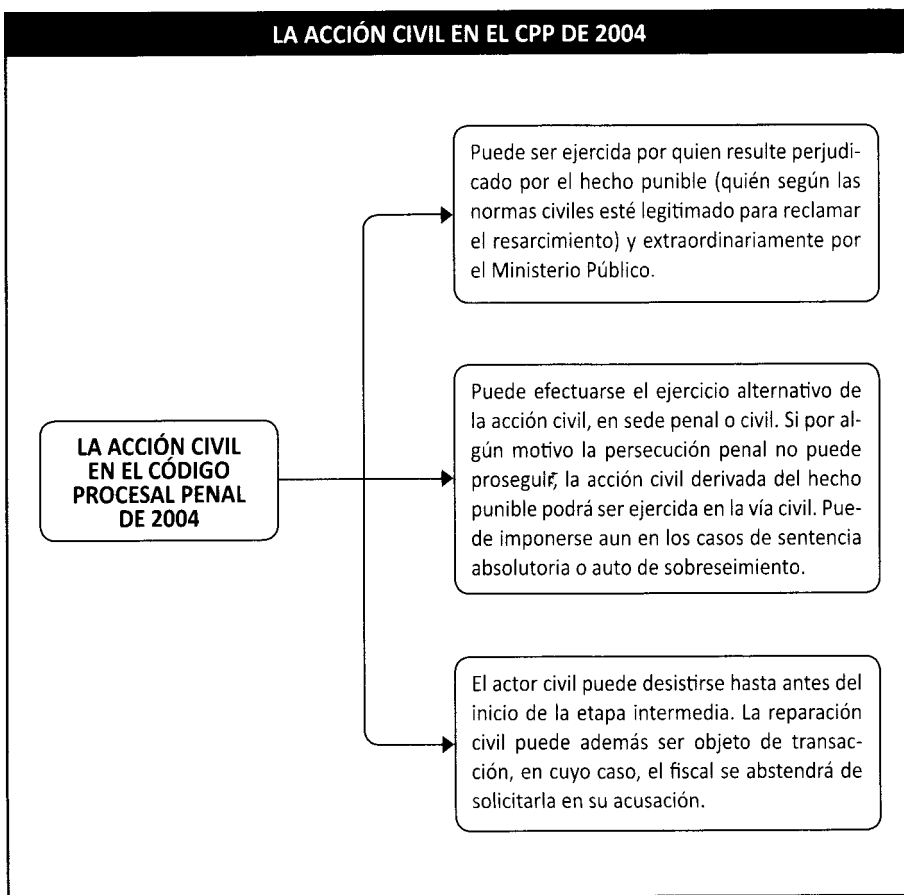
Partiendo de que el hecho constitutivo de delito, en tanto genere un daño resarcible, puede dar origen a responsabilidad civil, nada impide que el órgano jurisdiccional ante quien se formuló la pretensión se pronuncie en ese extremo, no obstante, que no se llegue a acreditar la responsabilidad penal. Esta posibilidad ha sido saludablemente incorporada por el Código Procesal Penal en el numeral 3 del artículo 12 que dispone que “la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda”. Esto no debe interpretarse como una posibilidad excepcional, como lo refiere San Martín Castro, sino como un necesario pronunciamiento en aquellos casos en que converjan los elementos de la responsabilidad civil.

c) Desistimiento y transacción

En consonancia con el principio dispositivo, el Código Procesal Penal, en su artículo 13, prevé que el actor civil puede desistirse de su pretensión hasta antes del inicio de la etapa intermedia, esta facultad no perjudica el derecho a que la ejerza en la vía del proceso civil. Sobre el particular, es bastante frecuente que los perjudicados constituidos en actores civiles, se desistan de su pretensión para recurrir a la vía civil en procura de obtener un pronunciamiento satisfactorio. Esta situación se ha generado a raíz de la prolifera-

ción de pronunciamientos jurisdiccionales penales en los que, sin mayor análisis, se establecen soluciones resarcitorias irrisorias, circunstancia que es ocasionada por el actuar negligente de algunos magistrados penales; la valoración del daño y la determinación de la reparación civil en sede civil no tiene por qué ser diferente a la que se debe efectuar en sede penal.

El Código Procesal Penal en su artículo 14 contempla la posibilidad de que la acción civil derivada del hecho punible sea objeto de transacción. Como consecuencia de ello, una vez que la transacción se formalice ante el juez de la investigación preparatoria, el Ministerio Público no puede oponerse a sus términos. En estos casos, el fiscal se abstendrá de solicitar la reparación civil en su acusación.



III. LA DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

Al igual como acontece con la determinación judicial de la pena, la determinación de la reparación civil no ha merecido un desarrollo científico por parte de la doctrina. Si la aplicación de criterios disímiles en cuanto a la determinación de la pena genera la imposición de sanciones diametralmente diferenciadas ante supuestos de hecho muy similares, en el caso de la determinación de la reparación civil, ocasiona una impredecible fijación de conceptos resarcitorios ante daños de la misma entidad.

Obviamente que ningún caso es exactamente igual a otro, pero no se puede establecer, por ejemplo, en el caso de la pérdida de una vida humana, el pago de tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil, y en otro caso, también por similar pérdida, la suma de doscientos mil nuevos soles, sin argumento ni criterio alguno que privilegie la diferenciación. Situaciones muy frecuentes como la descrita tornan absurdas e injustas las decisiones jurisdiccionales.

La determinación de la reparación civil implica un mayor grado de dificultad. En efecto, si bien para determinar judicialmente la pena, el juez cuenta con la previsión legal de los artículos 45 y 46 del Código Penal, que lo informan sobre algunos de los criterios a considerar, ello no sucede con respecto a la primera, para lo cual resulta imprescindible remitirse a la legislación civil de la materia y puntualmente a la teoría de la responsabilidad civil.

En ese orden de ideas, el proceso de determinación debe pasar por verificar la convergencia de los elementos de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un sujeto imputable –generalmente coincidente con el autor del hecho punible y, de ser el caso, la de un tercero especialmente vinculado¹⁵–, la ilicitud de la conducta –salvo que se presente alguna causa de justificación–, el factor de atribución doloso o culposo, el nexo causal, y fundamentalmente la existencia del daño resarcible.

Como, en todo asunto controvertido llevado a conocimiento del órgano jurisdiccional, son las partes quienes deben fundamentar sus pretensiones, desplegando actividad procesal tendiente a acreditar los hechos y las circunstancias que exponen. En lo que al daño se refiere, deben acreditar la exis-

15 La referencia es a quienes, no obstante, no ser autores o partícipes del delito, son terceros civilmente obligados al resarcimiento, ello en mérito de la denominada responsabilidad civil indirecta.



tencia del hecho, de las consecuencias de la lesión de determinado interés protegido –lo que implica por cierto identificar el tipo de daño ocasionado– y finalmente fundamentar su pretensión resarcitoria. Lamentablemente, estos mínimos requerimientos no se presentan en la práctica, la pretensión de las partes se limita a solicitar el pago de determinada cantidad de dinero por concepto de reparación civil sin mayor sustento, lo que afecta el derecho a ser resarcido debidamente.

1. Contenido de la reparación civil

Quien sufre las consecuencias lesivas de un interés privado jurídicamente protegido puede recurrir en el proceso penal instando su resarcimiento integral. Los conceptos resarcitorios están previstos en el artículo 93 del Código Penal, comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios.

En cuanto a la restitución, se puede decir que esta modalidad se encuentra limitada a aquellos actos en los que el daño se vincula a la pérdida o privación física de bienes. Con esta medida se procura reestablecer el equilibrio vulnerado con el hecho punible, reintegrando el statu quo previo. Cabe indicar que esta modalidad es aplicable tanto en caso de bienes muebles como en el caso de inmuebles. La norma prevé además una lógica solución para aquellos casos en los que no es posible la restitución del bien, recurriendo al pago de su valor.

Respecto de la indemnización de los daños y perjuicios¹⁶, esta consiste en procurar colocar a la víctima en una situación similar a la que tendría si es que no se hubieran producido consecuencias producto del daño. Como puede comprenderse, esta forma de resarcimiento no necesariamente pasa por un remedio de naturaleza económica.

2. Interpretación del artículo 92 del Código Penal

Un aspecto bastante vinculado a la naturaleza jurídica de la acción civil derivada del hecho punible y al fundamento de la acumulación de acciones, es el referido a la norma contenida en el artículo 92 del Código Penal. El texto legal se expresa en los siguientes términos: “La reparación

16 Distinción última de la que no se ocupa la ley, sin embargo, la doctrina la identifica en tanto sus consecuencias sean directas o indirectas, respectivamente.



civil se determina conjuntamente con la pena”. Dicho precepto ha generado dos corrientes de interpretación: por un lado, quienes lo vinculan a su obligatoriedad, en caso de expedirse una sentencia condenatoria y, por otro lado, quienes lo interpretan vinculándolo estrictamente con la oportunidad de su determinación.

Respecto de la primera interpretación, la norma no debe entenderse en términos de obligatoriedad en su determinación, pues ello significaría admitir que todos aquellos que son penalmente responsables lo son también en el ámbito civil, como lo deja entrever Zarzosa Campos¹⁷, vinculando dicha norma con las facultades persecutorias de la reparación civil conferidas al Ministerio Público por su Ley Orgánica y lo establecido por el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales¹⁸. Esta corriente encuentra como antecedente normativo lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal de 1863, que establecía que “todos los que son responsables en lo criminal, lo son también civilmente”, conclusión que no se condice con el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil.

La interpretación de la norma en ese sentido llevaría al absurdo de determinar y fijar una reparación civil en una sentencia condenatoria aunque no se haya producido daño alguno. A contrario sensu, según esta posición, no se admitiría que en supuestos de sobreseimiento o absolución, el órgano jurisdiccional penal se pueda pronunciar por la existencia de un daño resarcible y por la responsabilidad civil de una persona. Lamentablemente, esta es la interpretación que, durante muchos años, ha prevalecido y se puede decir que aún mayoritariamente prevalece en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de nuestro país.

La segunda interpretación, vinculada con el criterio de la oportunidad de su determinación, es congruente con la naturaleza y fundamento de la acumulación de acciones. En efecto, al prescribir que la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena, el legislador alude que

17 ZARZOSA CAMPOS, Carlos E. *La reparación civil del ilícito penal*. Rodhas, Lima, 2001, p. 175.

18 El artículo 285 del Código de Procedimientos Penales, vigente en gran parte del territorio nacional, establece que la sentencia condenatoria deberá contener, entre otros, el monto de la reparación civil, la persona que debe percibirla y los obligados a satisfacerla.



el pronunciamiento sobre la acción civil se debe producir al momento de resolver también sobre la responsabilidad penal del imputado. Ello no puede ni debe entenderse como que en todos los casos en que exista responsabilidad penal deba determinarse necesariamente la responsabilidad civil del agente y la reparación de la víctima. Como ya se ha manifestado, es la existencia del daño resarcible el presupuesto de la responsabilidad civil.

En esa misma línea de interpretación y siendo consecuentes con su naturaleza privada, un sector de la doctrina establece que, en el proceso penal, solo podrá determinarse la reparación civil cuando esta haya sido solicitada por la víctima o agraviado por el hecho ilícito, formulando su pretensión en ejercicio de su derecho de acción. Sobre el particular, José Luis Castillo Alva sostiene que “cuando no exista el acto formal de constitución en parte civil no puede dictarse la reparación civil correspondiente por más que exista la comisión del delito y se haya comprobado además que con el ilícito se ha producido el daño. Solo así se guarda coherencia y plenitud lógica con la consideración de la naturaleza jurídica de la reparación civil”¹⁹.

Guillermo Bringas, en igual sentido, refiere que “la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena y deberá imponerse en la sentencia condenatoria si y solo si el agraviado se haya constituido en actor civil en el proceso penal. Otra interpretación llevaría al absurdo de que exista, considerando la naturaleza privada de la pretensión civil una ‘demanda sin demandante’. Asimismo, a que una sentencia fije un monto por concepto de reparación civil, sin que el titular de la misma haya nunca presentado requerimiento judicial alguno, ni indicado por ello ‘monto del petitorio’, ni ofrecido tampoco los medios probatorios que sustenten su pretensión”²⁰.

3. La valoración del daño

La determinación de la reparación civil es un proceso argumentativo a través del cual el juez penal, valorando los medios probatorios aportados por las partes: a) acredita la existencia del supuesto de hecho

19 CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Idemsa, Lima, 2001, p. 83.

20 GUILLERMO BRINGAS, Luis. “La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2006, p. 87.



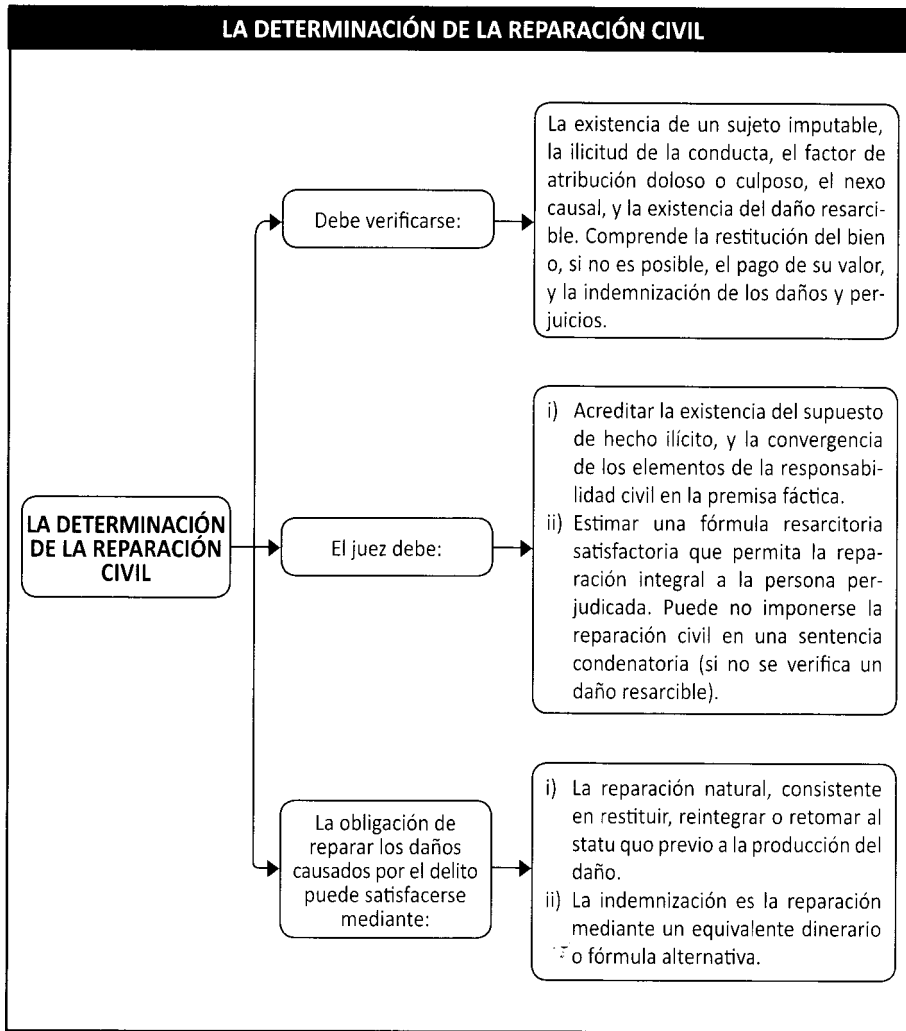
ilícito, b) verifica la convergencia de los elementos de la responsabilidad civil en la premisa fáctica, y c) estima una fórmula resarcitoria satisfactoria que permita la reparación integral a la persona perjudicada.

Es necesario tener en cuenta la importancia de los actos postulatorios en la determinación de la reparación civil. Son las partes quienes al formular sus pretensiones, deben necesariamente precisar y sustentar cuáles son los daños sufridos y la indemnización que pretenden. En el ámbito del proceso penal es poco frecuente que ello suceda, incluso cuando la pretensión es formulada por el representante del Ministerio Público. Ante la existencia de un delito, se da por sentada la existencia de daño, exigiendo una indemnización pecuniaria sin criterio específico que la justifique.

Resulta importante a ese propósito establecer que si bien la normativa civil contempla la presunción de culpa a favor de la víctima, es imprescindible que, en el proceso penal, se acredite la existencia del daño ocasionado. Si tal como lo sostiene la doctrina, el presupuesto de la responsabilidad civil es la existencia de daño resarcible, en la labor encaminada a verificar la convergencia de sus elementos, resulta trascendental precisamente identificarlos para efectos de establecer sobre la base de ello el resarcimiento adecuado.

El juez despliega actividad valorativa cuando en sus pronunciamientos finales establece cuál es el daño ocasionado con el hecho punible, cuando precisa ante qué tipo de daño nos encontramos, esto es, si es de consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales y, finalmente, cuando en su decisión existe una relación lógica y proporcional entre el daño acreditado y el resarcimiento al que queda obligado el agente. Como puede inferirse, la determinación del daño no es una labor sencilla, las dificultades se manifiestan en cada caso específico, y aunque son mayores cuando se trata de daños extrapatrimoniales, por una inevitable carga subjetiva, no son ajenas a ella los daños con consecuencias patrimoniales.

La doctrina reconoce dos sistemas de valoración de los daños. El primero de ellos es el **sistema de resarcimiento** tasado, en el que la fórmula indemnizatoria está previamente establecida según el tipo de daño y con límites máximos. Que se pueda conocer ex ante cuáles son los montos máximos que pueden ser fijados, abona en la predictibilidad de las resoluciones judiciales.



El segundo de los sistemas, utilizado en la mayoría de los países, es el denominado de **libre valoración judicial**. En este sistema, la fórmula resarcitoria es establecida a criterio del juez, pero debiendo siempre vincular su decisión con la prueba actuada. Este sistema privilegia el análisis de las particularidades del daño en el caso concreto; sin embargo, tiene como dificultad la posibilidad de que la discrecionalidad se torne en arbitrio y que casos similares se resuelvan con pronunciamientos diametralmente diferentes y hasta contradictorios.

4. Valoración del daño y deber de motivar las resoluciones judiciales

La Constitución Política del Estado en el inciso 5 del artículo 139 prevé como garantía de la administración de justicia, la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias con la exclusión de las de mero trámite. Esta garantía se encuentra estrechamente vinculada con la forma como los jueces determinan la reparación civil en el proceso penal. Su esencia radica en la necesidad de que el órgano jurisdiccional, al resolver sobre un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, fundamente las razones de su decisión, ello como manifestación de la facultad delegada de administrar justicia a nombre del pueblo.

La importancia de esta garantía se extiende más allá de la tutela del derecho de las partes en el proceso, a quienes les permite conocer las razones de la decisión y así ejercer su derecho de defensa. Se extiende a la sociedad en general, garantizando la interdicción de la arbitrariedad en las resoluciones del juez, y coadyuvando al control público de sus decisiones y a la formación de los precedentes.

La determinación de la reparación civil como eventual pronunciamiento en las sentencias penales constituye uno de los aspectos a los que no debe ser ajena la debida motivación de las resoluciones judiciales. El juez penal ciñe su actuación dentro de los parámetros del precepto constitucional, estableciendo claramente cuál es la pretensión civil de la parte legitimada en el proceso; individualiza el supuesto de hecho generador del daño e identificando su naturaleza, despliega actividad tendiente a acreditar la existencia del daño con los medios probatorios ofrecidos, admitidos y actuados en el proceso, y finalmente decide el resarcimiento a la víctima.

Una resolución judicial vulnera la garantía de debida motivación si en su parte expositiva no hace mención alguna a las pretensiones formuladas por las partes, si no se establece cuál es el conflicto a resolver, si erradamente presume la existencia del daño sin alusión a los medios probatorios, si no especifica de qué tipo son los daños ocasionados, así como también cuándo se fijan indemnizaciones por todo concepto.

5. Criterios para cuantificar la reparación civil

Tal como sostuvimos al ocuparnos de la acreditación de la existencia del daño, a efectos de establecer la fórmula resarcitoria adecuada, el juez debe tener en cuenta los medios probatorios aportados por las partes,



ello le permitirá fijar una reparación civil proporcional al daño irrogado debidamente probado en el proceso.

La obligación de reparar los daños causados por el delito se puede satisfacer mediante dos formas: i) la reparación natural, consistente en restituir, reintegrar o retornar al statu quo previo a la producción del evento dañoso, y ii) la indemnización, esto es, la reparación mediante un equivalente dinerario o fórmula alternativa en procura de mitigar las consecuencias de la lesión al bien jurídico sufrida por la víctima. En cuanto a la indemnización, esta puede establecerse tanto en los casos en que los daños pueden evaluarse en dinero como en aquellos en que no lo pueden ser. En el primer caso tendrá un carácter compensatorio, en tanto que en el segundo su finalidad será satisfactiva.

El propósito esencial de la reparación civil es colocar a la víctima en una posición lo más parecida posible a la que tenía antes de que se produjera el daño. El juez debe tomar en cuenta aquellos aspectos que incidan en su reparación integral, descartando aquellos que no tienen vinculación alguna con los elementos de la responsabilidad civil como, por ejemplo, la situación económica del agente.

La fijación de la fórmula resarcitoria debe obedecer a criterios acordes con la naturaleza del daño ocasionado. Como refiere Alpa, el daño patrimonial se valora teniendo en cuenta los criterios ofrecidos por el mercado, en tanto el daño no patrimonial conforme al método equitativo²¹. En los delitos con consecuencias patrimoniales, el juzgador debe tomar en cuenta la entidad de los perjuicios realmente sufridos, ello se puede determinar con cierta precisión con la actuación de la prueba pericial. Por otro lado, en aquellos casos en que se ha producido un menoscabo de índole afectivo, se pueden establecer fórmulas resarcitorias no necesariamente en dinero, se podría, por ejemplo, poner en relieve la memoria de un familiar al que se le ocasionó la muerte mediante un acto de desagravio póstumo.

6. Cuantificación de los daños patrimoniales

El daño patrimonial por tener sus efectos en la esfera del patrimonio de la persona es más sencillo de ser valorado, ello por cuanto es factible

21 ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y funciones*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 510.



cuantificar la dimensión de una pérdida de naturaleza económica, un bien cuyo valor es cuantificable o al menos conocido en el mercado, o una expectativa de ingreso preestablecido. El modo de resarcir el daño patrimonial es a través de la reparación integral; en virtud de ella, el juez, atendiendo a los medios probatorios incorporados y actuados en el proceso, y con base en elementos objetivos y concretos, establece la fórmula resarcitoria adecuada.

Los daños patrimoniales, manifestados en daño emergente o lucro cesante, tienen un contenido esencialmente económico, el juzgador debe tener en cuenta, al cuantificarlo, la naturaleza del daño, su extensión y su intensidad.

a) Cuantificación del daño emergente

Teniendo en consideración que el daño emergente está representado por la disminución en el patrimonio del perjudicado, por lo general, para atender las consecuencias que de aquel se derivan, su cuantificación no reviste mayor problema, pues para su cuantificación casi siempre existen elementos objetivos que le permiten al juez establecerlos.

A manera de ejemplo, en un hecho constitutivo de delito de lesiones graves, el daño emergente estará representado por los gastos efectuados por el perjudicado para atender las consecuencias de la agresión, llámese gastos de hospitalización, curación, rehabilitación. En caso de muerte de una persona, estará representado por los gastos que se hicieron para atender las consecuencias generadas por el evento, como lo serían los gastos de atención hospitalaria previa al deceso y los gastos por concepto de funerales.

b) Cuantificación del lucro cesante

La valoración de lo que se deja de percibir como consecuencia del acto dañoso no debe representar un mayor grado de dificultad, implica proyectar los efectos del perjuicio en el tiempo. En el caso de lesiones ocasionadas a un trabajador, el lucro cesante estará representado por los ingresos que dejó de percibir como consecuencia del daño, en su cuantificación se tomará en cuenta su nivel de ingresos por todo concepto. En caso de muerte de una persona, el lucro cesante estaría conformado por las sumas que dejan de percibir aquellas personas que obtenían algún beneficio económico por parte del agraviado, como, por ejemplo, pensiones de alimentos.

7. Cuantificación de los daños extrapatrimoniales

Probar, valorar y cuantificar las consecuencias derivadas de la lesión a intereses de naturaleza extrapatrimonial es la labor más compleja para el órgano jurisdiccional en materia de responsabilidad civil. La dificultad estriba no solo en cuantificar los daños en términos económicos sino en hacerlo sin exceder la naturaleza del resarcimiento. Esta problemática, común en los procesos conocidos por la jurisdicción de la materia, se acentúa cuando el asunto es de conocimiento de la justicia penal. El desconocimiento o manejo deficiente de la teoría de la responsabilidad civil por los operadores torna la administración de justicia en impredecible.

La existencia, entidad y valorización de los daños patrimoniales se acreditan en el proceso a través de medios probatorios idóneos como lo son los documentos y la pericia. En el caso de los daños extrapatrimoniales, el asunto no es tan sencillo. La existencia de este tipo de daños y su intensidad, no obstante, ser de difícil probanza por no tener naturaleza económica, puede acreditarse en el proceso mediante una pericia, sin embargo, el problema radica en su valuación y cuantificación. La doctrina y la jurisprudencia sostienen que el juez debe establecer la fórmula resarcitoria adecuada sobre la base de la equidad, la que comúnmente se manifiesta en el denominado criterio o arbitrio del juez²².

El asunto no es pacífico si se tiene en cuenta que la determinación de la reparación civil debe ser la materialización de la reparación integral de la víctima. Por la propia naturaleza de sus consecuencias, es difícil establecer criterios objetivos, concretos e idóneos que contribuyan a la cuantificación de este tipo de daños. No obstante la búsqueda de mecanismos uniformes para su valuación y cuantificación, como lo son el establecimiento de montos mínimos indemnizables o la utilización de tablas o baremos sobre la base de la edad, sexo o condiciones personales de las víctimas, a menudo se termina por recurrir al criterio del juez, partiendo de algunos elementos de convicción que puedan surgir de la prueba actuada.

22 Sobre el particular, Martínez Rave y Martínez Tamayo refieren que se entiende por arbitrio judicial "la capacidad jurídica que tiene el funcionario para analizar y estudiar las consecuencias dañosas del hecho, con sus características, y fijar como indemnización una suma adecuada y proporcionada a las angustias o efectos emocionales sufridos por el perjudicado" (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto, y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Undécima edición, Temis, Bogotá, 2003, p. 353.



En cuanto a la equidad como método orientador en la valoración del daño extrapatrimonial, está referida a la apreciación de conciencia del juez, quien con prudente arbitrio apreciará los hechos y circunstancias del caso concreto. En la aplicación del método equitativo se deben tener en cuenta algunos elementos que van a contribuir a establecer pecuniariamente el daño extrapatrimonial como la naturaleza y gravedad del ilícito, la intensidad y consecuencias del sufrimiento en el ánimo de la víctima vinculándolos con criterios de edad y género, y las condiciones económico-sociales de la víctima.

La cuantificación del daño moral por fallecimiento de una persona es una de las actividades que reviste mayor dificultad para el juez. Esencialmente se debe tomar conciencia que la indemnización que se suele fijar no es una sanción al agente causante de la muerte sino una forma de compensar a quienes sufren las consecuencias de la pérdida del ser querido. En la valoración de las consecuencias lesivas, el juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto y los elementos referidos en el acápite precedente. La equidad es el método que permitirá establecer una fórmula resarcitoria justa y satisfactoria, propiciando pronunciamientos jurisdiccionales motivados y predecibles.

En caso de daños por la muerte de una persona, quien alegue sufrir las consecuencias no patrimoniales de la lesión deberá acreditar su vinculación afectiva con el occiso, si es cónyuge o conviviente, si es pariente o no lo es; se valorarán los documentos que acrediten tal situación, su dependencia, su estado emocional a través de dictámenes periciales, y cualquier otra circunstancia que genere convicción de la existencia y entidad del daño.

En caso de muerte de una persona, si bien los parientes están legitimados para accionar en procura de que se repare el daño moral sufrido —como se encuentra previsto legislativamente tanto por el Código de Procedimientos Penales en su artículo 54 como por el Código Procesal Penal, aunque referido a la concurrencia de peticiones—, es menester precisar que la sola acreditación del vínculo de parentesco no presupone la existencia de daño moral como lo suelen suponer los jueces al requerir la previa acreditación del vínculo de parentesco con el fallecido²³. Se confunde el derecho al resarcimiento con las expectativas sucesorias.

23 Esta exigencia tiene que ver con la legitimidad para constituirse en parte civil según lo establece el artículo 54 del Código de Procedimientos Penales. Este requerimiento normativo, que puede resultar injusto para con la verdadera víctima de un daño (es el caso



Si bien, por lo general, el fallecimiento de una persona genera consecuencias extrapatrimoniales, de índole emocional, en los parientes consanguíneos o en el cónyuge, ello no siempre es así. Nada obsta para que una persona al servicio permanente y abnegado de un anciano, pueda sufrir las consecuencias de la pérdida del ser querido sin tener ninguna relación de parentesco. Por el contrario, no sería justo que los hijos del fallecido, después de haberlo mantenido en abandono, aleguen que su muerte les ha ocasionado daño moral. Es el juez quien debe efectuar el análisis en cada caso concreto.

Si bien la idea es establecer una fórmula resarcitoria satisfactoria a través del método equitativo, consideramos necesario establecer un límite al criterio del juez para que su discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad y su resolución materialice la finalidad de la reparación civil. Los jueces deberían establecer como referencia, según el tipo de daño, un monto mínimo indemnizable; sobre la base de ese parámetro, atenderán a las circunstancias particulares de cada caso en concreto para establecer equitativamente la indemnización adecuada y justa a la entidad del daño.

Una de las alternativas que plantea un sector de la doctrina y que se ha materializado en la jurisprudencia vinculada a casos de violación de derechos humanos, es el de las indemnizaciones inmateriales, orientadas a recomponer la situación previa a la producción del daño de índole reparativo, como puede ser la reapertura de escuelas, dotándolas de docentes, la entrega de restos de desaparecidos a sus familiares, la traducción de sentencias al idioma nativo de la víctimas o la publicación de las sentencias. Sobre el particular, Solange Palacios destaca las consideraciones del numeral 84 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 26 de mayo de 2001, conocida como caso "Niños de la calle"²⁴.

de los convivientes, a quienes se les excluye), ha sido dejado de lado por el nuevo Código Procesal Penal, cuyo artículo 98 establece que la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación, y en su caso los daños y perjuicios producidos por el delito.

- 24 PALACIOS MÉLENDEZ, Rosario Solange. "Derechos humanos, proceso penal y reparación civil. Acerca de la cuantificación del daño inmaterial en el proceso penal con especial referencia a los criterios establecidos jurisprudencialmente por la CIDH". En *Responsabilidad Civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Rodhas, Lima, julio, 2006, p. 54.



No obstante lo novedoso y útil que resulta este tipo de soluciones, dada la naturaleza del proceso penal predominantemente acusatorio, el juez se vería limitado a aplicar directamente tales alternativas en tanto no hayan sido propuestas por las partes al formular su pretensión.

IV. CONCLUSIONES

1. La reparación civil es el resarcimiento al que se encuentra obligado quien produjo un daño como consecuencia de la perpetración de un hecho punible. Los preceptos para su determinación provienen del Derecho Civil por ser parte de la denominada responsabilidad civil extracontractual cuyo acto ilícito generador de daño es a la vez constitutivo de delito.
2. La determinación de la reparación civil es un proceso argumentativo a través del cual el juez penal, valorando los medios probatorios aportados por las partes: a) acredita la existencia del supuesto de hecho ilícito, b) verifica la convergencia de los elementos de la responsabilidad civil en la premisa fáctica, y c) estima una fórmula resarcitoria satisfactoria para la persona perjudicada.
3. La valoración del daño forma parte de la actividad jurisdiccional de determinación de la reparación civil y comprende la verificación de la existencia, naturaleza y extensión del daño, con el propósito de establecer una relación lógica y proporcional entre su identificación y el resarcimiento integral al que queda obligado el responsable.
4. En general, la responsabilidad civil derivada del hecho punible no ha merecido mayor atención por parte de los órganos jurisdiccionales penales en el Perú. La exigencia normativa de determinar la reparación civil no se ha materializado en pronunciamientos debidamente motivados en los que se analicen los supuestos de hecho según la teoría de la responsabilidad civil.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, Carmen y otro. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*. Coordinación de Luis Gracia Martín. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

ALPA, Guido. *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Traducción y notas de Leysser L. León. 1ª edición en castellano. Jurista Editores. Lima, 2006.

ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y funciones*. Gaceta Jurídica. Lima, 1999.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia*. En: Themis, N° 43, Segunda Época, PUCP, Lima, 2001, p. 64.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio y otros. *Victimología y victimodogmática. Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal*. Coordinación de Luis Miguel Reyna Alfaro. Ara Editores, Lima, 2003.

BOVINO, Alberto. "Instrumentos internacionales no vinculantes, reforma de la justicia penal y derechos de la víctima". En: *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Dirigida por José Urquiza Olaechea. Idemsa. Lima, 2007.

CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Idemsa, Lima, 2001.

CREUS, Carlos. *La acción resarcitoria en el proceso penal*. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe, 1985.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Volumen IV, Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. 7ª edición, segunda reimpresión. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

DÍAZ CÁCEDA, Joel. *El daño a la persona y el daño al proyecto de vida. Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*. Jurista Editores. Lima, marzo de 2006.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Civitas. Madrid, 2000.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano". En: *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Rodhas, Lima, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "El daño a la persona en el Código Civil de 1984". En: *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Cultural Cuzco, Lima, 1985.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño al proyecto de vida' y 'daño moral'". En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*. Año I, número 2, 2003, pp. 21-22.

FRANZONI, Máximo. "La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones". En: *Estudios de la responsabilidad civil*. Traducción y edición al cuidado de León Hilario, Ara Editores, Lima, 2001.



GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *La reparación civil en el proceso penal*. Idemsa, Lima, 1999.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. "Naturaleza jurídica de la pretensión civil en el proceso penal y de la reparación civil generada por el delito". En: *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal*. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez. Dirigida por José Urquiza Olaechea, Idemsa, Lima, 2007.

GUILLERMO BRINGAS, Luis. "La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 87.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. "¿Es posible el resarcimiento del daño inmaterial?" En: *Responsabilidad civil II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza, Rodhas, Lima, 2006.

LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo, 2004.

LEÓN HILARIO, Leysser. "Funcionalidad del 'daño moral' e inutilidad del 'daño a la persona' en el Derecho Civil peruano. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año IV, N° 23, enero de 2003, pp. 9-10.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo III, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen. *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Undécima edición, Temis, Bogotá, 2003.

MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*: Tomo I, Vol. I, Traducción de la 5ª edición. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.

MORALES GODÓ, Juan. "Naturaleza del daño moral ¿punitiva o resarcitoria? Y criterios de cuantificación". En: *Responsabilidad Civil. II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Rodhas, Lima, 2006.

NADAL GÓMEZ, Irene. *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002.

PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. "Derechos humanos, proceso penal y reparación civil". En: *Responsabilidad Civil. Hacia una unificación de criterios de*

cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral. A cura de Juan Espinoza Espinoza. Rodhas S.A.C. Lima, 2006.

PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. "Reparación civil y proceso penal ¿segunda victimización?". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 133, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004, p. 55.

RAMÓN RIBAS, Eduardo. "La responsabilidad civil derivada del delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho Civil?". En: *Tratado de Derecho Penal: desafíos del Derecho Penal contemporáneo*. Coord. Jorge Luis Collantes Gonzáles, Editora Normas Legales, Trujillo, 2004.

RODRÍGUEZ DEVEESA, José María. "Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual". Libro homenaje a Jaime Guasp, Dykinson, Madrid, 1984.

SALVI, Cesare. "El daño". En: *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima, Ara Editores, Lima, 2001.

SAN MARTÍN CASTRO, César. "Responsabilidad civil y proceso penal. Algunos aspectos procesales de la reparación civil". En: *Responsabilidad civil. II. Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral*. A cura de Juan Espinoza Espinoza, Rodhas, Lima, 2006.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *El daño moral*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1962.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2005.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*. Tomo I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. 2ª edición, Idemsa, Lima, 2001.

VASSALLO SAMBUCETI, Efraín Bruno. *La acción civil en el proceso penal*. Editorial San Marcos, Lima, 2000.

VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción, edición y notas de Leysser L. León, Ara Editores E.I.R.L. Lima, 2002.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Aspectos civiles del nuevo Código Penal. Responsabilidad civil, tutela del derecho de crédito, aspectos de Derecho de familia y otros extremos*, Madrid, 1996.

ZARZOSA CAMPOS, Carlos E. *La reparación civil del ilícito penal*. Rodhas, Lima, 2001.



CAPÍTULO III EL QUERELLANTE PARTICULAR

Artículo 107. Derechos del querellante particular

En los delitos de ejercicio privado de la acción penal, conforme al numeral 2 del artículo 1, el directamente ofendido por el delito podrá instar ante el órgano jurisdiccional, siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil contra quien considere responsable del delito en su agravio.

Artículo 108. Requisitos para constituirse en querellante particular

1. *El querellante particular promoverá la acción de la justicia mediante querrela.*
2. *El escrito de querrela debe contener, bajo sanción de inadmisibilidad:*
 - a) *La identificación del querellante y, en su caso, de su representante, con indicación en ambos casos de su domicilio real y procesal, y de los documentos de identidad o de registro;*
 - b) *El relato circunstanciado del hecho punible y exposición de las razones fácticas y jurídicas que justifican su pretensión, con indicación expresa de la persona o personas contra la que se dirige;*
 - c) *La precisión de la pretensión penal y civil que deduce, con la justificación correspondiente; y,*
 - d) *El ofrecimiento de los medios de prueba correspondientes.*

Artículo 109. Facultades del querellante particular

1. *El querellante particular está facultado para participar en todas las diligencias del proceso, ofrecer prueba de cargo sobre la culpabilidad y la reparación civil, interponer recursos impugnatorios referidos al objeto penal y civil del proceso, y cuantos medios de defensa y requerimientos en salvaguarda de su derecho.*
2. *El querellante particular podrá intervenir en el procedimiento a través de un apoderado designado especialmente a este efecto. Esta designación no lo exime de declarar en el proceso.*

Artículo 110. Desistimiento del querellante particular

El querellante particular podrá desistirse expresamente de la querrela en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas. Se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de

la audiencia. En los casos de incomparecencia, la justa causa deberá acreditarse, de ser posible, antes del inicio de la diligencia o, en caso contrario, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha fijada para aquella.

TÍTULO V EL TERCERO CIVIL

Artículo 111. Citación a personas que tengan responsabilidad civil

- 1. 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.**
- 2. La solicitud deberá ser formulada al Juez en la forma y oportunidad prevista en los artículos 100-102, con indicación del nombre y domicilio del emplazado y su vínculo jurídico con el imputado.**

Artículo 112. Trámite

- 1. El trámite en sede judicial para la constitución en parte del tercero civil será el previsto –en lo pertinente– en el artículo 102, con su activa intervención.**
- 2. Si el Juez considera procedente el pedido, mandará notificar al tercero civil para que intervenga en el proceso, con copia del requerimiento. También dará inmediato conocimiento al Ministerio Público, acompañando el cuaderno, para que le otorgue la intervención correspondiente.**
- 3. Sólo es apelable la resolución que deniega la constitución del tercero civilmente responsable.**

Artículo 113. Derechos y garantías del tercero civil

- 1. El tercero civil, en lo concerniente a la defensa de sus intereses patrimoniales goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al imputado.**
- 2. Su rebeldía o falta de apersonamiento, luego de haber sido incorporado como parte y debidamente notificado, no obstaculiza el trámite del proceso, quedando obligado a los efectos indemnizatorios que le señale la sentencia.**
- 3. El asegurador podrá ser llamado como tercero civilmente responsable, si éste ha sido contratado para responder por la responsabilidad civil.**

**LIBRO SEGUNDO
LA ACTIVIDAD PROCESAL**

**SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES**

**TÍTULO I
LAS ACTUACIONES PROCESALES**

**CAPÍTULO I
LAS FORMALIDADES**

Artículo 114. Idioma

1. *Las actuaciones procesales se realizan en castellano.*
2. *Cuando una persona no comprenda el idioma o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente.*
3. *Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender.*
4. *Los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario.*

Artículo 115. Declaraciones e interrogatorios con intérpretes

Las personas serán interrogadas en castellano o por intermedio de un traductor o intérprete, cuando corresponda. El Juez podrá permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otro idioma o forma de comunicación. En tal caso, la traducción o la interpretación precederán a las respuestas.

Artículo 116. Lugar

1. *Las actuaciones procesales se realizarán en el Despacho del Fiscal o del Juez, según el caso.*
2. *No obstante ello, el Fiscal o el Juez podrán constituirse en cualquier lugar del territorio nacional, cuando resulte indispensable, y no sea imposible o de muy difícil consecución, conocer directamente elementos de convicción decisivos en una causa bajo su conocimiento.*

Artículo 117. Tiempo

Salvo disposición legal en contrario, las actuaciones procesales podrán ser realizadas cualquier día y a cualquier hora, siempre que resulte absolutamente indispensable según la naturaleza de la actuación. Se consignarán el lugar y la fecha en que se cumplan. La omisión de estos

datos no tornará ineficaz el acto, salvo que no pueda determinarse, de acuerdo con los datos del acta u otros conexos, la fecha en que se realizó.

Artículo 118. Juramento

1. *Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la Administración de Justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte.*
2. *Si el declarante se niega a prestar juramento en virtud de creencias religiosas o ideológicas, se le exigirá promesa de decir la verdad, con las mismas advertencias del párrafo anterior.*

Artículo 119. Interrogatorio

1. *Las personas que sean interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas ni documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello, incluso los imputados, en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos o circunstancias del proceso.*
2. *El declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y después, si es necesario, se le interrogará. Las preguntas que se le formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas.*

Artículo 119-A. Audiencia

1. *La presencia física del imputado es obligatoria en la audiencia del juicio, conforme al inciso 1) del artículo 356, así como en aquellos actos procesales dispuestos por ley.*
2. *Excepcionalmente, a pedido del fiscal, del imputado o por disposición del juez, podrá utilizarse el método de videoconferencia en casos que el imputado se encuentre privado de su libertad y su traslado al lugar de la audiencia encuentre dificultades por la distancia o porque exista peligro de fuga.^(*)*

() Artículo incorporado por el artículo 4 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

**CAPÍTULO II
LAS ACTAS**

Artículo 120. Régimen General

1. *La actuación procesal, fiscal o judicial, se documenta por medio de acta, utilizándose de ser posible los medios técnicos que correspondan.*

2. *El acta debe ser fechada con indicación del lugar, año, mes, día y hora en que haya sido redactada, las personas que han intervenido y una relación sucinta o integral –según el caso– de los actos realizados. Se debe hacer constar en el acta el cumplimiento de las disposiciones especiales previstas para las actuaciones que así lo requieran.*
3. *Será posible la reproducción audiovisual de la actuación procesal, sin perjuicio de efectuarse la transcripción respectiva en un acta. La Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, cada uno en su ámbito, en función a las posibilidades de la Institución, dictarán disposiciones que permitan su utilización.*

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal).

4. *El acta será suscrita por el funcionario o autoridad que dirige y por los demás intervinientes, previa lectura. Si alguno no puede o no quiere firmar, se dejará constancia de ese hecho. Si alguien no sabe firmar, podrá hacerlo, en su lugar, otra persona, a su ruego o bien un testigo de actuación, sin perjuicio de que se imprima su huella digital.*

Artículo 121. Invalidez del acta

1. *El acta carecerá de eficacia sólo si no existe certeza sobre las personas que han intervenido en la actuación procesal, o si faltare la firma del funcionario que la ha redactado.*
2. *La omisión en el acta de alguna formalidad sólo la privará de sus efectos, o tornará invalorable su contenido, cuando ellas no puedan ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos de la misma actuación o actuaciones conexas, o no puedan ser reproducidas con posterioridad y siempre que provoquen un agravio específico e insubsanable a la defensa del imputado o de los demás sujetos procesales.*

CAPÍTULO III

LAS DISPOSICIONES Y LAS RESOLUCIONES

Artículo 122. Actos del Ministerio Público

1. *El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos.*
2. *Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de*

que realice actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y, e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por la Ley.

3. *Las Providencias se dictan para ordenar materialmente la etapa de investigación.*
4. *Los Requerimientos se formulan para dirigirse a la autoridad judicial solicitando la realización de un acto procesal.*
5. *Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados. En el caso de los requerimientos, de ser el caso, estarán acompañados de los elementos de convicción que lo justifiquen.*
6. *Rige, en lo pertinente, el artículo 127.*

Artículo 123. Resoluciones judiciales

1. *Las Resoluciones judiciales, según su objeto son decretos, autos y sentencias. Salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la Ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso.*
2. *Los decretos se dictan sin trámite alguno. Los autos se expiden, siempre que lo disponga este Código, previa audiencia con intervención de las partes. Las sentencias se emiten según las reglas previstas en este Código.*

CONCORDANCIAS: Acuerdo Plenario N° 6-2011-CJ-116 (Acuerdo Plenario en materia penal sobre la motivación escrita de las resoluciones judiciales y el Principio de Oralidad: necesidad y forma).

Artículo 124. Error material, aclaración y adición

1. *El Juez podrá corregir, en cualquier momento, los errores puramente materiales o numéricos contenidos en una resolución.*
2. *En cualquier momento, el Juez podrá aclarar los términos oscuros, ambiguos o contradictorios en que estén redactadas las resoluciones o podrá adicionar su contenido, si hubiera omitido resolver algún punto controvertido, siempre que tales actos no impliquen una modificación de lo resuelto.*
3. *Dentro de los tres días posteriores a la notificación, las partes podrán solicitar la aclaración o la adición de los pronunciamientos. La solicitud suspenderá el término para interponer los recursos que procedan.*

Artículo 125. Firma

1. *Sin perjuicio de disposiciones especiales y de las normas establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las resoluciones serán firmadas por los jueces o por los miembros del Juzgado o de la Sala en que actuaron.*



2. *La falta de alguna firma, fuera de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, provocará la ineficacia del acto, salvo que la resolución no se haya podido firmar por un impedimento invencible surgido después de haber participado en la deliberación y votación.*

Artículo 126. Poder coercitivo

El Fiscal y el Juez podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones.

**CAPÍTULO IV
LAS NOTIFICACIONES Y CITACIONES**

Artículo 127. Notificación

1. *Las Disposiciones y las Resoluciones deben ser notificadas a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que se disponga un plazo menor.*
2. *La primera notificación al imputado detenido o preso será efectuada en el primer centro de detención donde fue conducido, mediante la entrega de copia a la persona, o si no es posible el Director del Establecimiento informará inmediatamente al detenido o preso con el medio más rápido.*
3. *Salvo que el imputado no detenido haya fijado domicilio procesal, la primera notificación se hará personalmente, entregándole una copia, en su domicilio real o centro de trabajo.*
4. *Si las partes tienen defensor o apoderado, las notificaciones deberán ser dirigidas solamente a estos, excepto si la Ley o la naturaleza del acto exigen que aquellas también sean notificadas.*
5. *Cuando la notificación deba practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución y si el interesado solicita copia se le entregará.*
6. *Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Procesal Civil, con las precisiones establecidas en los Reglamentos respectivos que dictarán la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el ámbito que les corresponda.*

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal).

Artículo 128. Notificación por edictos

Cuando se ignore el lugar donde se encuentra la persona que deba ser notificada, la resolución se le hará saber por edicto que se publicará en



el Diario Oficial de la sede de la Corte Superior o a través del Portal o página web de la Institución, sin perjuicio de las medidas convenientes para localizarlo.

La Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de la reglamentación de este artículo, podrán disponer, en el ámbito que les respecta, que se publiquen, en el Diario Oficial, listas de personas requeridas por la justicia.

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal).

Artículo 129. Citaciones

1. *Las víctimas, testigos, peritos, intérpretes y depositarios, podrán ser citados por medio de la Policía o por el personal oficial de la Fiscalía o del órgano jurisdiccional, según las directivas que sobre el particular dicte el órgano de gobierno respectivo.*

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal).

2. *En caso de urgencia podrán ser citados verbalmente, por teléfono, por correo electrónico, fax, telegrama o cualquier otro medio de comunicación, de lo que se hará constar en autos.*

3. *Los militares y policías en situación de actividad serán citados por conducto del superior jerárquico respectivo, salvo disposición contraria de la Ley.*

4. *El respectivo Reglamento de Citaciones, dictado por la Fiscalía de la Nación y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en el ámbito que les respecta, establecerá las precisiones que correspondan.*

Artículo 130. Constancia

El resultado de las diligencias practicadas para efectuar las citaciones y notificaciones se hará constar por escrito.

Artículo 131. Defecto de la notificación

1. *Siempre que cause efectiva indefensión, la notificación no surtirá efecto cuando:*

- a) Haya existido error sobre la identidad de la persona notificada;*
- b) La disposición o la resolución haya sido notificada en forma incompleta;*
- c) En la diligencia no conste la fecha o, cuando corresponda, la fecha de entrega de la copia;*
- d) Si en la copia entregada falta la firma de quien ha efectuado la notificación.*



2. *El vicio en la notificación se convalida si el afectado procede de manera que ponga de manifiesto haber tomado conocimiento oportuno del contenido de la disposición o resolución, o si ésta, no obstante carecer de un requisito formal, ha cumplido su finalidad.*

CAPÍTULO V COMUNICACIÓN ENTRE AUTORIDADES

Artículo 132. Forma

1. *Cuando un acto procesal, una diligencia o una información relacionadas con la causa deban ejecutarse por intermedio de otra autoridad, el Juez o el Fiscal podrán encomendarle su cumplimiento.*
2. *La comunicación de ejecución precisará la autoridad judicial que lo requiere, su competencia para el caso, el acto concreto, diligencia o información solicitada, con todos los datos necesarios para cumplirla, las normas legales que la posibilitan y el plazo de su cumplimiento. La comunicación podrá realizarse con aplicación de cualquier medio que garantice su autenticidad.*
3. *En caso de urgencia se utilizará fax, telegrama o correo electrónico y, eventualmente, podrá adelantarse telefónicamente el contenido del requerimiento para que se comience a tramitar la diligencia, sin perjuicio de la remisión posterior del mandamiento escrito.*
4. *Cuando la delegación del acto tenga por destinatario a otro Juez o Fiscal, se cursará el exhorto correspondiente para su tramitación inmediata.*
5. *La autoridad requerida, colaborará con los jueces, el Ministerio Público y la Policía y tramitará, sin demora, los requerimientos que reciban de ellos.*
6. *El órgano de gobierno del Poder Judicial y el Fiscal de la Nación dictarán los reglamentos correspondientes y podrán celebrar convenios con otras instituciones públicas para requerir y compartir información así como establecer sistemas de comunicación por internet entre jueces y fiscales.*

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal).

Artículo 133. Exhortos a autoridades extranjeras

1. *Los requerimientos dirigidos a jueces, fiscales o autoridades extranjeras se efectuarán por exhortos y serán diligenciados en la forma establecida por los Tratados y costumbres internacionales o, en su defecto, por este Código y las demás Leyes del país.*

2. *Por medio de la Fiscalía de la Nación o, en su caso, de la Corte Suprema de Justicia, se canalizarán las comunicaciones al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual, cuando corresponda las tramitará por la vía diplomática.*
3. *En casos de urgencia podrán dirigirse comunicaciones a cualquier autoridad judicial o administrativa extranjera, anticipando el exhorto o la contestación a un requerimiento, sin perjuicio de que, con posterioridad, se formalice la gestión, según lo previsto en los numerales anteriores.*

CAPÍTULO VI

LA FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE FISCAL Y JUDICIAL

Artículo 134. Contenido del Expediente Fiscal

1. *El Fiscal, con motivo de su actuación procesal, abrirá un expediente para la documentación de las actuaciones de la investigación. Contendrá la denuncia, el Informe Policial de ser el caso, las diligencias de investigación que hubiera realizado o dispuesto ejecutar, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales realizados, las actas y las disposiciones y providencias dictadas, los requerimientos formulados, las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como toda documentación útil a los fines de la investigación.*
2. *El Fiscal de la Nación reglamentará todo lo relacionado con la formación, custodia, conservación, traslado, recomposición y archivo de las actuaciones del Ministerio Público en su función de investigación del delito. Podrá disponer la utilización de los sistemas tecnológicos que se consideren necesarios para el registro, archivo, copia, transcripción y seguridad del expediente.*

Artículo 135. Requerimientos del Fiscal

1. *Los requerimientos que el Fiscal formula al Juez de la Investigación Preparatoria deben acompañarse con el expediente original o con las copias certificadas correspondientes, según la investigación esté concluida o no, o en todo caso si la remisión del expediente original no producirá retraso grave o perjuicio a las partes y a la investigación.*
2. *El Fiscal de la Nación emitirá las directivas e instrucciones necesarias para garantizar y uniformizar la presentación de las actuaciones que deben acompañar los requerimientos fiscales al Juez de la Investigación Preparatoria, cuando la investigación no esté concluida.*

Artículo 136. Contenido del Expediente Judicial

1. *Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán:*
 - a) *Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito;*
 - b) *Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado;*
 - c) *Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada;*
 - d) *Los informes periciales y los documentos;*
 - e) *Las resoluciones expedidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan;*
 - f) *Las resoluciones emitidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como –de ser el caso– las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.*
2. *El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial reglamentará todo lo relacionado con la formación, custodia, conservación, traslado, recomposición y archivo del expediente judicial. Podrá disponer la utilización de los sistemas tecnológicos que se consideren necesarios para el registro, archivo, copia, transcripción y seguridad del expediente.*

Artículo 137. Traslados, remisión y resolución sobre la formación del expediente judicial

1. *Formado el expediente judicial, se pondrá en Secretaría a disposición del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días para su revisión, eventual solicitud de copias, simples o certificadas, y, en su caso, para instar la incorporación de alguna pieza de las contempladas en el artículo anterior o la exclusión de una que no corresponda incorporar. De esta última solicitud se correrá traslado a las demás partes por igual plazo.*
2. *El Juez resolverá, dentro del segundo día de culminado el plazo anterior, mediante auto inimpugnable, la solicitud de incorporación o exclusión de piezas procesales.*
3. *Vencido este trámite, las actuaciones diversas de las previstas en el artículo 136 serán devueltas al Ministerio Público.*

Artículo 138. Obtención de copias

1. *Los sujetos procesales están facultados para solicitar, en cualquier momento, copia, simple o certificada, de las actuaciones insertas en*



los expedientes fiscal y judicial, así como de las primeras diligencias y de las actuaciones realizadas por la Policía. De la solicitud conoce la autoridad que tiene a su cargo la causa al momento en que se interpone.

- 2. El Ministerio Público, cuando sea necesario para el cumplimiento de la Investigación Preparatoria, está facultado para obtener de otro Fiscal o del Juez copia de las actuaciones procesales relacionadas con otros procesos e informaciones escritas de su contenido.*
- 3. Si el estado de la causa no lo impide, ni obstaculiza su normal prosecución, siempre que no afecte irrazonablemente derechos fundamentales de terceros, el Fiscal o el Juez podrán ordenar la expedición de copias, informes o certificaciones que hayan sido pedidos mediante solicitud motivada por una autoridad pública o por particulares que acrediten legítimo interés en obtenerlos.*

Artículo 139. Prohibición de publicación de la actuación procesal

- 1. Está prohibida la publicación de las actuaciones procesales realizadas cuando se está desarrollando la Investigación Preparatoria o la Etapa Intermedia. Asimismo, está prohibida la publicación, incluso parcial, de las actuaciones del juicio oral cuando se producen en los supuestos de privacidad de la audiencia.*
- 2. Está prohibida la publicación de las generales de Ley y de imágenes de testigos o víctimas menores de edad, salvo que el Juez, en interés exclusivo del menor, permita la publicación.*
- 3. Cuando los sujetos procesales y demás participantes en las actuaciones procesales infrinjan esta prohibición, el Fiscal o el Juez, según el caso, están facultados a imponerles una multa y ordenar, de ser posible, el cese de la publicación indebida. Rige, en lo pertinente los artículos 110 y 111 del Código Procesal Civil.*

Artículo 140. Reemplazo de los originales faltantes por copias

- 1. Cuando, por cualquier causa se destruya, se pierda o sea sustraído el expediente, o el original de las disposiciones y resoluciones o de otros actos procesales necesarios, la copia certificada tendrá el valor del original y será insertado en el lugar en que debería encontrarse el original.*
- 2. Con tal fin, el Fiscal o el Juez, según el caso, incluso de oficio, ordenará, a quien tenga la copia, entregarla a la Secretaría, sin perjuicio del derecho de obtener gratuitamente otra copia certificada.*
- 3. La reposición también podrá efectuarse utilizando los archivos informáticos del Ministerio Público o del Poder Judicial.*



Artículo 141. Reconstrucción de expedientes

1. *Si no existe copia de los documentos, el Fiscal o el Juez, luego de constatar el contenido del acto faltante, ordenará poner los hechos en conocimiento del órgano disciplinario competente, y dispondrá –de oficio o a pedido de parte– su reconstrucción, para lo cual recibirá las pruebas que evidencien su preexistencia y su contenido.*
2. *Cuando sea imposible obtener copia de una actuación procesal, se dispondrá la renovación del acto, prescribiendo el modo de realizarla.*
3. *Si aparece el expediente, será agregado al rehecho.*

COMENTARIO:

**FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL Y CUADERNOS
EN EL NUEVO MODELO DE PROCESO PENAL**

VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO*

I. INTRODUCCIÓN

Según las normas del nuevo Código Procesal Penal de 2004 –en adelante, NCPP–, debe formarse un expediente fiscal en la etapa de la investigación preparatoria¹, y un expediente judicial en la etapa de juzgamiento², asimismo, deben formarse cuadernos ante los requerimientos que efectúan las partes, tales como: cuaderno de requerimiento de prisión preventiva, que se forma

* Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

1. Así, el artículo 135.1. del CPP establece lo siguiente: El Fiscal, con motivo de su actuación procesal, abrirá un expediente para la documentación de las actuaciones de la investigación. Contendrá la denuncia, el Informe Policial de ser el caso, las diligencias de investigación que hubiera realizado o dispuesto ejecutar, los documentos obtenidos, los dictámenes periciales realizados, las actas y las disposiciones y providencias dictadas, los requerimientos formulados, las resoluciones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como toda documentación útil a los fines de la investigación.
2. El artículo 136.1, del CPP, prescribe: Una vez que se dicta el auto de citación a juicio, el Juez Penal ordenará formar el respectivo Expediente Judicial. En este Expediente se anexarán: a) Los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito; b) Las actas en que consten las actuaciones objetivas e irreproducibles realizadas por la Policía o el Ministerio Público, así como las declaraciones del imputado; c) Las actas referidas a la actuación de prueba anticipada; d) Los informes periciales y los documentos; e) Las resoluciones expedidas por el Juez de la Investigación Preparatoria y, de ser el caso, los elementos de convicción que las sustentan; f) Las resoluciones emi-

con los primeros recaudos (artículo 268.1), cuaderno de requerimiento de cese de la prisión preventiva, que se forma con nuevos elementos de convicción (artículo 263, tercer párrafo), entre otros. Y todos los cuadernos que dispone el Reglamento del Expediente Judicial bajo las normas del Código Procesal Penal, tales como: cuaderno de terminación anticipada (artículo 12), cuaderno de prueba anticipada (artículo 17), cuaderno de la etapa intermedia (artículo 18), cuaderno de Debate (artículo 5), cuaderno de impugnación (artículo 10.2), entre otros.

La denominación “expediente judicial” identifica al modelo antiguo denominado “mixto” o “inquisitivo reformado”, y que no está conforme con el Marco Conceptual del Nuevo Despacho Judicial Penal que lo denomina “carpeta judicial”. Por eso, el Ministerio Público, acertadamente, denomina “carpeta fiscal” al expediente fiscal en el reglamento respectivo³, justificando esta denominación en la exposición de motivos. Denominación distinta a la estipulada en el NCPP⁴, por cuanto se señala que el término “expediente” está vinculado con el sistema procesal inquisitivo (o mixto con incidencia inquisitiva) del Código de Procedimientos Penales, en el que predomina la escrituralidad de las actuaciones, diferente al nuevo modelo de corte acusatorio cuya principal característica es la oralidad. Lo que demuestra que sí es posible que mediante reglamentos, directivas y la jurisprudencia se dé una interpretación no literal a las normas establecidas en el NCPP, pero sin vulnerar los principios y garantías del nuevo modelo procesal penal, fortaleciendo de esta manera el sistema acusatorio con tendencia adversarial.

Mediante el presente, propondré la formación del expediente judicial, de manera tal, que garantice que el juez de juzgamiento actúe en la práctica como un “tercero imparcial”, resolviendo en todos los casos en mérito a lo visto y escuchado en la audiencia, sin que tenga la posibilidad de acceder a los actos de investigación, por el “expediente judicial”, que se forma, porque

tidas durante la etapa intermedia y los documentos, informes y dictámenes periciales que hayan podido recabarse, así como –de ser el caso– las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público.

3 Que ha sido aprobado por Resolución N° 748-2006-MP-FN del 21 de Junio de 2006, que en el artículo 1 del Reglamento establece que tiene por objeto normar la formación de la carpeta fiscal, denominada “expediente fiscal” en el Código Procesal Penal, para la custodia, conservación, traslado, recomposición y archivo de las actuaciones del Ministerio Público en la investigación del delito.

4 Artículo 134 del NCPP. Contenido del expediente fiscal.

lo dispone el artículo 136 del NCPP. Asimismo, sustentaré la posibilidad de no formar cuadernos en la etapa de la investigación preparatoria e intermedia, de la manera como se está realizando actualmente, por cuanto esta situación da lugar a que existan una serie de cuadernos que son formados en muchos casos, fotocopiando actuados repetidamente, lo que es innecesario.

II. SISTEMA ACUSATORIO

Conforme lo establecen los artículos 139.3 (debido proceso), 139.4 (publicidad de los procesos) y 159 (principio acusatorio) de la Constitución Política del Estado, normas supremas que han sido desarrolladas en los artículos 1.1. (imparcialidad), 1.2. (derecho a juicio, previo, oral, público y contradictorio), 1.3 (igualdad procesal) del Título Preliminar del NCPP; el modelo procesal penal es de carácter acusatorio, por lo que el modelo viejo llamado “mixto” o “inquisitivo reformado” ha sido reemplazado por un sistema o modelo acusatorio adversarial recogido en el NCPP.

Al respecto, Juan Montero Aroca⁵ señala que el paso fundamental dado en el siglo XIX no consistió en pasar de un proceso inquisitivo a otro proceso acusatorio, sino en pasar de una aplicación no procesal del Derecho Penal a una aplicación procesal, es decir, el primero al ser no procesal, no corresponde a un verdadero proceso. Este paso fundamental de cambiar un modelo considerado no procesal, es decir, no democrático e inconstitucional a otro democrático y constitucional como es el sistema acusatorio, constituye un antes y un después en la forma de impartir justicia penal en el Perú.

Sin embargo, de acuerdo con la experiencia, debo señalar que más importante que el cambio normativo, es que los operadores llámense jueces, fiscales, abogados, policías, cambien las antiguas y viejas prácticas por las nuevas prácticas que sustentan el nuevo modelo procesal penal. Pero, hasta la fecha, no aprecio que se haya producido ese cambio de mentalidad y que cada operador ejercite el rol que le toca, como corresponde. Al juez para estos efectos, le corresponde resolver en forma imparcial.

Montero Aroca⁶ afirma que la jurisdicción actúa siempre en el Derecho objetivo, respecto de relaciones o situaciones jurídicas ajenas, de otros, no propias, encontrándose en situación de desinterés objetivo respecto de ellas, a diferencia de la Administración que persigue siempre un interés general y público, lo hace desde una concepción política, parcial, de cómo se sirve ese

5 Montero Aroca, Juan. *Principios del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 98.

6 *Ibidem*, pp. 53-55.



interés, concluyendo que si la jurisdicción actúa siempre con desinterés objetivo, el juez y magistrado han de hacerlo también con desinterés subjetivo, es decir, no puede tener un interés personal y propio en el asunto concreto, y de ahí que la ley regule también la abstención y la recusación como medios para lograr la imparcialidad.

En este sentido, la aplicación del principio acusatorio garantiza que el juez actúe como “tercero imparcial”, si no lo hace, vulnera este principio, así como el debido proceso; y esa vulneración se produce, muchas veces, principalmente, porque las costumbres adquiridas en la práctica del modelo antiguo no pueden ser cambiadas como por arte de magia. Por lo que el cambio debe producirse a partir de los preceptos de la norma procesal que deben incorporar ese principio.

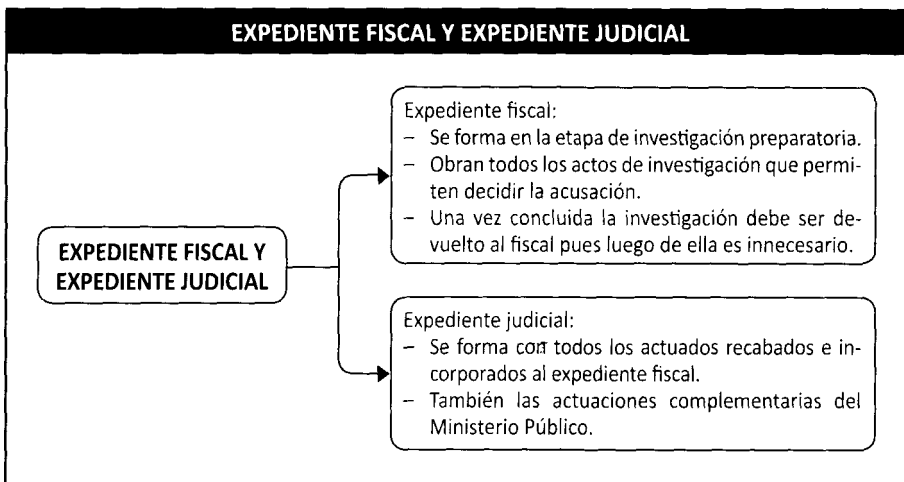
Al respecto, Gómez Colomer afirma lo siguiente: “El principio acusatorio garantiza esencialmente la imparcialidad del juzgador. Esta garantía se logra, (...) mediante la distinción entre las funciones de instrucción o investigación y de enjuiciamiento que necesariamente han de recaer en órganos distintos, pues el órgano decisor perdería su imparcialidad si entrara en contacto con las fuentes de los materiales del juicio sobre los que versa el debate contradictorio”. Por eso, es imprescindible que se elimine en el NCPP, la posibilidad de que el juez tenga contacto con las fuentes de los materiales del juicio, por lo que planteo que el expediente judicial no debe formarse aplicando literalmente el artículo 136.1 del NCPP.

III. EL EXPEDIENTE FISCAL

El Código Procesal Penal prevé la existencia de un proceso común y de procesos especiales, entre los que se encuentran el proceso inmediato, el proceso de seguridad, el proceso de terminación anticipada, el proceso de ejercicio privado de la acción penal, entre otros. Y, el proceso común, a su vez, ha sido subdividido en tres etapas debidamente delimitadas: 1) la investigación preparatoria, 2) la etapa intermedia; y, 3) el juzgamiento. Asimismo, conforme con la doctrina jurisprudencial establecida en la Casación Número 02-08-La Libertad, dictada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la etapa de la investigación preparatoria se subdivide a su vez en dos subetapas: a) las diligencias preliminares (fase preliminar), y b) la investigación preparatoria formalizada. Por lo que es obvio que las diligencias preliminares son parte o pertenecen al proceso común.

En atención a lo anteriormente expuesto, se entiende que el proceso común se inicia en la subetapa de las diligencias preliminares, cuando el fiscal dicta su disposición de inicio de las diligencias preliminares, (330.1) o

en su defecto cuando promueve la investigación de oficio o a pedido de los denunciantes (329.1.2). También puede iniciarse el proceso sin que existan diligencias preliminares, cuando el fiscal opta por formalizar la investigación en mérito a la denuncia o el informe policial (336.1). Es entonces, a partir del inicio del proceso, independientemente de cómo se realice, que también debe disponer expresamente el inicio del proceso y la formación del expediente fiscal⁷, en los que deben obrar todos los actos de investigación que le permitan decidir, con el estudio y análisis de estos, si acusa, y al imputado preparar su defensa. Por lo que, una vez concluida la investigación y formulado el requerimiento de acusación en el control jurisdiccional de la etapa intermedia, la carpeta fiscal y todos los cuadernos que se hayan formado en la etapa de investigación preparatoria deben ser devueltos al fiscal, porque son innecesarios e irrelevantes en la etapa de juzgamiento, ya que su finalidad con el desarrollo de la audiencia preliminar de control de la acusación se ha cumplido. Por lo que no se justifica su remisión a la etapa de juzgamiento.



7 Sin embargo, debe manifestar que en la práctica y de acuerdo con la observación de las carpetas fiscales. En ningún caso he podido apreciar que en alguna disposición se haya dispuesto el inicio del proceso y la formación de la carpeta fiscal, así por ejemplo: En la disposición fiscal número 01-2007 de fecha 21 de septiembre de 2007, donde dispone aperturar diligencias preliminares por 15 días. Tampoco se ha dispuesto el inicio del proceso y la formación de la carpeta fiscal cuando se dicta la disposición de formalización y continuación de la investigación dictado con fecha 6 de octubre de 2007, recaído en la carpeta fiscal número 1006024500-2007-406-0. Caso: Espíritu Maldonado, César.

IV. EL EXPEDIENTE JUDICIAL

Lo ideal hubiese sido que el NCPP no hubiese previsto la existencia del expediente judicial, porque si el juez de fallo resuelve en mérito a lo visto y escuchado en la audiencia, no existe ninguna razón o fundamento que justifique su existencia.

No obstante, el legislador ha querido mantener el expediente judicial, estableciendo que debe formarse en la etapa de juzgamiento. Por lo que, debe formarse realizando una interpretación teleológica y no literal de la norma (136), conforme lo expongo a continuación.

En efecto, el artículo 136 del NCPP establece que el expediente judicial debe formarse con todos los actuados recabados e incorporados al expediente fiscal en la etapa de la investigación. Ya que, en forma general, señala que debe formarse con los actuados relativos al ejercicio de la acción penal y de la acción civil derivada del delito (136.1.a). No especifica a qué actuados se refiere, por lo que la mayoría interpreta que son todos los actuados. Máxime aun, cuando, por ejemplo, también se establece que se debe formar, de ser el caso, con las actuaciones complementarias realizadas por el Ministerio Público (136.1.f, parte final).

Por eso, cuando el expediente judicial está formado, no se aprecia su diferencia con el expediente judicial del modelo mixto o inquisitivo reformado. Ambos son voluminosos y nos recuerdan la importancia que se da al ritualismo, a la formalidad y a la escrituralidad. Más no así, a resolver el conflicto de intereses de relevancia penal, con base en la oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad.

Por otro lado, cuando el artículo 137 del NCPP establece el traslado, remisión y resolución para la formación del expediente judicial, contradice lo dispuesto en el artículo 355.1. Puesto que, el primer dispositivo indica que formado el expediente judicial se pone a disposición de los sujetos procesales por el plazo de cinco días para que, entre otros motivos, se incorporen o excluyan algunas piezas de la carpeta fiscal. De cuya solicitud se debe correr traslado a las demás partes procesales por igual plazo. Resolviendo el juez dentro del segundo día de culminado el plazo. De ser así, la formación del expediente judicial con la inclusión o exclusión de las piezas procesales a la que se alude se efectivizará después de los 10 días de recibida la carpeta fiscal con el auto de enjuiciamiento.

Sin embargo, el artículo 355.1 establece que: recibidas las actuaciones por el juzgado penal competente, este dictará el auto de citación a juicio. La fecha será la más próxima posible con un intervalo de 10 días. Y, supongamos, que se cita a juicio oral exactamente a los 10 días de recibidos los actuados

de haberse pedido la incorporación o exclusión de piezas procesales, de la fecha prevista para la realización del juicio, el expediente judicial no estará debidamente formado. Ante esta incongruencia entre las normas procesales en comento, debe preferirse la que determina que se lleve a cabo el juicio, siendo irrelevante el cuestionamiento que pueda existir, sobre si se formó debidamente o no el expediente judicial.

Porque si la prueba personal se produce en el juicio cuando el testigo o perito es interrogado y contrainterrogado en presencia de los jueces y el público concurrente, y la prueba material será exhibida en el debate y examinada por las partes, así como la prueba documental será oralizada también en el juicio, entonces los medios de prueba de índole material y documental deben ser incorporados en la audiencia de juicio oral y no con anterioridad. Asimismo, es innecesario y contrario al modelo, que se incorporen al expediente judicial las declaraciones de las víctimas y testigos prestados en la etapa de investigación, cuando no tienen ningún valor en sí mismos, porque en el contexto del nuevo modelo procesal penal, conocido como sistema acusatorio con tendencia adversarial, el juez de fallo resolverá valorando el testimonio actuado en el juicio oral. Por lo que, es irrelevante si se formó o no debidamente el expediente judicial.

V. PROPUESTA PARA LA FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

El juez de la investigación preparatoria, después de realizar la audiencia preliminar de control de la acusación fiscal, dicta el auto de enjuiciamiento y debe remitir este instrumental y el registro de la audiencia respectiva, es decir, la grabación de audio o video, al juzgado penal que llevará a cabo el juicio, y esto debe servir para formar el expediente judicial. Solo si por algún motivo no se hubiese grabado la audiencia, entonces se tendrá que redactar por escrito el desarrollo de la audiencia mediante un acta, que se remitirá al juez de juzgamiento conjuntamente con el auto de enjuiciamiento. De esta manera, se garantiza que el juez al recibir los actuados no tenga contacto con las actuaciones efectuadas en la etapa de la investigación preparatoria, ya que las pruebas personales y documentales admitidas, se actuarán en el juicio oral, debiendo las partes procesales que ofrecieron la prueba, coadyuvar para la concurrencia del testigo y el perito⁸.

8 Artículo 379.1 del NCPP. Cuando el testigo o perito oportunamente citado no haya comparecido, el juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia. El artículo 24.1 del Reglamento de Notificaciones, Citaciones y Comunicaciones bajo las normas del Código Procesal Penal, aprobado por

Y, para garantizar la posibilidad de que las partes recaben copia de todos los actuados de la carpeta fiscal y de los demás cuadernos formados en las etapas de la investigación preparatoria e intermedia, para este objetivo, el juez de la investigación preparatoria debe poner esos actuados a disposición de los sujetos procesales, al momento que corre traslado del requerimiento de acusación fiscal; pudiendo recabar copias simples o certificadas durante el desarrollo de toda la etapa intermedia. Con ello se cumpliría con el mandato indicado en el artículo 137.1 del NCPP. Aunque este dispositivo señala que las copias deberían ser recabadas en la etapa de juzgamiento, lo que evidentemente no será posible, por cuanto desde nuestro punto de vista, a la etapa de juzgamiento solo deben derivarse el auto de enjuiciamiento y las respectivas grabaciones de audio de la etapa intermedia.

Es muy importante que las partes procesales tengan acceso sin ninguna restricción, a las copias simples o certificadas de todo lo actuado en las etapas de la investigación preparatoria e intermedia, para que preparen su defensa para el juicio donde deben demostrar su teoría del caso, mediante la actuación de los medios probatorios que ofrecieron y que fueron admitidos con anterioridad.

Por lo que carece de utilidad que el juez de conocimiento tenga acceso a los actos de investigación, ya que esto vulnera la garantía de “imparcialidad”, pues su decisión debe producirse tras merituar lo que vio y escuchó en el juicio, y no en mérito a la lectura de las actas, que bien puede realizar antes del juicio; lo que contraviene además los principios y garantías de oralidad, publicidad, inmediación, concentración y contradicción en la actuación probatoria.

De manera similar se ha pronunciado el profesor Florencio Mixán Mass⁹, en su condición de asesor del equipo técnico de implementación del nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial, en el Informe N° 03, de fecha 14 de mayo de 2008, que emitió y que fue elaborado en mérito a una consulta del juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, donde señala lo siguiente “que la carpeta para el juicio oral ha de contener sola-

Resolución Administrativa N° 096-2066-CE-PJ del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece que: cuando se trate de peritos y testigos a ser citados, el Juez requerirá al sujeto procesal que los propuso para que se encargue de entregar la respectiva citación judicial. El numeral 2 del mencionado dispositivo agrega que en este caso el sujeto procesal dará cuenta al órgano jurisdiccional de la efectiva entrega de la citación judicial al perito o testigo que propuso, bajo apercibimiento de ley.

9 VILLAVICENCIO RIOS, Frezia Sissi; REYES ALVARADO, Víctor Raúl. *El Nuevo Código Procesal Penal en la jurisprudencia*. Primera edición, Gaceta Jurídica S.A., julio 2008, p. 408.



mente: **a)** La acusación admitida previa audiencia preliminar de control de la acusación, **b)** la documentación (escrita grabada o videograbación) de la audiencia preliminar de control de la acusación; **c)** El auto de enjuiciamiento; y, **d)** si la parte lo solicita, también la prueba documental que ha propuesto y ha sido admitida para el juicio. Es obvio que si la parte considera que, para mejor preservar la autenticidad de la prueba documental admitida, ha de mantenerla en su poder para presentarla en juicio, en la oportunidad de la “actuación de los medios de prueba (artículo 375.b) para que sea objeto de debate, en el modo y forma previstos, el aporte cognitivo que contenga. Si alguno de esos documentos admitidos para juicio no pudieran ser actuados en este, pero estuviera” incluidos en los previstos en el artículo 383 del CPP, la partes podrán pedir su incorporación mediante lectura y debate sobre la fuente de conocimiento que contenga”.

De lo sustentado por el profesor Mixán Mass en el párrafo anterior, solamente coincido con su posición en los supuestos b) y c); porque considero que derivar la acusación escrita al juez penal de juzgamiento, puede causar confusión, porque finalmente su contenido puede haber sido modificado en la audiencia preliminar¹⁰, además lo importante en el sistema oral es la acusación oral que realiza el fiscal al formular su alegato de apertura al inicio¹¹ y su alegato final después de haber concluido la actividad probatoria¹². Por lo

10 Artículo 351.3 del NCPP, establece que: “(...) El fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata”.

11 Artículo 371.2 del NCPP, establece lo siguiente: “Acto seguido, el fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas (...)”.

12 Artículo 387 del NCPP, prescribe que el fiscal, al realizar su alegato de cierre, puede solicitar alternativamente lo siguiente: a) Si los cargos materia de la acusación provisional formulados en el alegato de apertura (aunque según la norma remite a la acusación escrita, que en nuestro concepto no resulta adecuado), se encuentran probados en mérito a la prueba que se actuó en el juicio, indicará la calificación jurídica del hecho probado, la responsabilidad penal y civil del acusado, precisando la pena y reparación civil. b) Podrá pedir aumento o disminución de la pena, si en el desarrollo del juicio han surgido nuevas razones, puede inclusive variar su pretensión para imponer una medida de seguridad. c) Puede corregir la acusación de simples errores materiales, o incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y sin que sea considerada una acusación complementaria. d) Puede retirar la acusación, si considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio.

tanto, para el juicio, lo importante no es la acusación efectuada por escrito¹³, sino la acusación oral provisional (alegato de apertura) y la definitiva (alegato de cierre), porque inclusive durante el desarrollo del juicio la acusación puede ser modificada¹⁴.

La acusación escrita esencialmente sirve para que sea puesta en conocimiento de los demás sujetos procesales, para que se realice la audiencia preliminar de control de la acusación, donde se verifica el cumplimiento del aspecto formal y sustancial que debe tener todo requerimiento de acusación. Si finalmente el juez de la investigación preparatoria dicta el auto de enjuiciamiento, debe precisar y determinar, aparte de los presupuestos indicados en el artículo 153.2 del NCPP, como afirma Albert M. Binder¹⁵: “El contenido preciso del juicio, delimitando cuál será su objeto”. Por tal razón, el auto de apertura también debe describir con precisión cual será el “hecho justiciable. Esta determinación no se exige solo por una razón de precisión o prolijidad, sino porque existe un principio garantizador, ligado al principio de defensa, según el cual la sentencia que se dicte luego del juicio solo podrá versar sobre los hechos por los cuales se ha abierto el juicio”. Entonces, si el auto de enjuiciamiento contiene la descripción de los hechos materia de juzgamiento y los demás datos que estipula la norma procesal antes citada, carece de objeto que la acusación escrita también sea derivada a la etapa de juzgamiento.

Respecto de la prueba documental ofrecida y admitida en la audiencia de control de la acusación, debe ser incorporada –como sucede en el sistema procesal penal chileno¹⁶– en el momento de su actuación en el juicio. Lo que

13 En un proceso penal, que se encontraba en trámite en segunda instancia por haber sido apelada la sentencia, el abogado del acusado solicitó la nulidad de los actuados, y pidió sea devuelto al juzgado de origen, porque no se había incorporado el escrito de acusación al expediente judicial. Solicitud que no fue aceptada en mayoría por el Tribunal Superior, según argumentos similares a lo sostenido en el presente artículo. Pero hubo un voto minoritario que sostiene lo contrario. La resolución dictada sobre el particular, por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura - Lima Perú, Exp. N° 2007-01122, caso: Rosales Yupanqui Frank Gino, véase en Villavicencio Ríos - Reyes Alvarado. Ob. cit., pp. 59 y ss.

14 Artículo 374.2. Durante el juicio el fiscal, introduciendo un escrito de acusación complementaria, podrá ampliar la misma, mediante la inclusión de un hecho nuevo o una nueva circunstancia que no haya sido mencionada en su oportunidad (...).

15 BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Primera edición. Ad Hoc S,R.L., abril 1993, p. 228.

16 Código Procesal Penal Chileno.

Artículo 333. Lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios. Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen.



no significa en modo alguno, que una copia del documento no haya sido entregada con anterioridad a la parte contraria a la que ofrece ese medio probatorio. Por eso, en la etapa intermedia, a la contestación de la acusación, la parte procesal debe ofrecer la prueba documental en su escrito, la que debe ser oralizada y presentada en original a la vista de la contraparte para su observación, en la audiencia de control de la acusación; y en este acto procesal, las partes pueden acceder a una copia.

Una vez realizada la audiencia preliminar, el juez debe disponer la devolución de la instrumental a la parte que lo ofreció, para que posteriormente lo presente en el juicio durante el desarrollo de la actividad probatoria, siempre que haya sido admitida como prueba documental.

En Huaura, algunos jueces de la investigación preparatoria¹⁷, han decidido remitir al juez de juzgamiento, solamente el cuaderno de la etapa intermedia luego de dictado el auto de enjuiciamiento y devuelven la carpeta fiscal a la fiscalía, a fin de que sea presentada en el juicio oral para el debate correspondiente. Pero, como he dicho, es innecesario el cuaderno de la etapa intermedia en la etapa de juzgamiento, porque contiene el requerimiento de acusación, la resolución de traslado de dicho requerimiento, cédulas de notificación, escritos presentados por los demás sujetos procesales, etc., que son irrelevantes y no son necesarios para el debate en el juicio oral.

VI. EL EXPEDIENTE JUDICIAL EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Los códigos procesales penales de Chile de 2000 y de Colombia de 2004, no han previsto la formación del expediente judicial.

Chile. El artículo 281 del Código Procesal de Chile establece que: “El juez de garantía (en nuestro caso se denomina juez de la investigación preparatoria) hará llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, junto con los registros que debiera acompañarse, dentro de las 48 horas siguientes a su notificación”. El tercer párrafo del indicado dispositivo prescribe que: “Una vez distribuida la causa, cuando procediere, el juez presidente de la sala respectiva procederá de inmediato a decretar la fecha para la celebración de la audiencia del mismo, la que deberá tener lugar no antes de quince ni después de sesenta días desde la notificación del auto de apertura del

17 Así, se verifica en Resolución N° 09, de fecha 14 de Abril de 2008, dictada por el Juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, en el proceso Exp. N° 1149-07-0-JR, seguido contra el imputado Vásquez Bobadilla Luis Enrique por el presunto delito de omisión a la asistencia familiar, en agravio de Juan José Vásquez Lobato.



juicio oral". El artículo 279 del mismo código establece que "el Tribunal (refiriéndose al juzgado de garantía) devolverá a los intervinientes los documentos que hubieren acompañado durante el procedimiento". Por lo que, según esta normativa, en el proceso penal chileno no existe el "expediente judicial".

Colombia. El artículo 365 del Código de Procedimiento Penal de Colombia, establece que concluida la audiencia preparatoria, el juez fijará fecha, hora y sala para el inicio del juicio que deberá realizarse dentro de los 30 días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria. No se establece, en ningún artículo de este Código, la formación de expediente fiscal o judicial.

VII. PROPUESTA PARA NO FORMAR CUADERNOS EN LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Se debe obviar la formación de cuadernos en todos los casos en que el juez tiene que resolver necesariamente previa audiencia, porque su resolución la dictará en mérito a lo visto y escuchado en la audiencia respectiva, donde el requirente y la parte contraria oralizarán las instrumentales que sustentan su posición y el juez resuelve en base al debate. Por lo tanto, no se justifica la formación de cuadernos, ya que solo sirven para que el juez resuelva con la lectura de los actuados que anexa el fiscal a su requerimiento, con los que se forma el Cuaderno; y no en mérito a lo que vio y escuchó en la audiencia. Inclusive, sirve también para que algunos jueces proyecten su resolución antes de la audiencia, con la sola revisión del cuaderno. Y esto no agravia a nadie, porque los sujetos procesales están facultados, a solicitar, en cualquier momento, copias simples o certificadas de la carpeta al fiscal¹⁸.

Esto debe suceder, en todos los requerimientos que efectúen los sujetos procesales al juez de la investigación preparatoria, donde para resolver, es necesario por mandato legal, que se convoque a una audiencia, teniendo en cuenta la naturaleza de lo petitionado y en atención a la invocación que realiza el solicitante. Es así que, por ejemplo, en un requerimiento para que el juez determine la prisión preventiva, el fiscal debe limitarse a requerirle por escrito al juez que fije fecha para audiencia, quien deberá hacer llegar copia del escrito del requerimiento al abogado defensor del imputado con el sustento respectivo, junto con el auto de citación a audiencia. En la audiencia,

18 El artículo 138.1 del NCPP, establece que los sujetos procesales están facultados para solicitar en cualquier momento copia simple o certificada de las actuaciones insertas en los expedientes fiscal y judicial, así como de las primeras diligencias y de las actuaciones realizadas por la policía. De la solicitud conoce la autoridad que tiene a su cargo la causa al momento en que se interpone.



el fiscal sustentará oralmente su pretensión y oralizará las piezas procesales que estime pertinente, obviándose de esta manera la formación de numerosos cuadernos, que solo significan un costo innecesario para el Estado, y el empleo de horas hombre inútiles. Porque el juez de la investigación preparatoria, como el de juzgamiento, debe resolver en la audiencia, en mérito al debate producido entre las partes procesales.

Existen requerimientos que por su naturaleza y por mandato legal, se resuelven con la vista de los actuados que se acompañan al requerimiento dirigido al juez, sin realizar audiencia, por el riesgo de pérdida de finalidad de la medida; como sucede, en el requerimiento que efectúa el fiscal para que el juez dicte la detención preliminar judicial (261.1) o cuando se trata de la adopción de la medida de embargo (303), entre otros. En estos casos, el juez debe resolver teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquel, por lo que necesariamente deben formarse cuadernos.

VIII. PROPUESTA PARA LA DEROGATORIA DE LOS ARTÍCULOS 136 Y 137 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

En mérito a lo señalado anteriormente, sostengo la conveniencia de que el legislador derogue el artículo 136 del NCPP, que prescribe la formación del “expediente judicial”, debiendo establecer que el Juez de la investigación preparatoria, remita al juez de conocimiento, solamente el auto de enjuiciamiento, las grabaciones y registro respectivo de la audiencia, devolviendo la carpeta fiscal y el resto de cuadernos al Ministerio Público, comunicando expresamente a las partes procesales que durante la etapa intermedia pueden recabar copias de la carpeta fiscal, cuadernos, registros y demás actuaciones realizadas en la etapa de investigación, que estimen conveniente sin restricción alguna; y la prueba documental ofrecida y admitida, debe ser oralizada e incorporada en el juicio. Consecuentemente también debe derogarse el artículo 137 del Código acotado, sobre el traslado, remisión y resolución sobre la formación del expediente judicial. Esto contribuirá con el afianzamiento del nuevo modelo procesal penal.



TÍTULO II LOS PLAZOS

Artículo 142. Regulación

1. *Las actuaciones procesales se practican puntualmente en el día y hora señalados, sin admitirse dilación.*
2. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, los plazos de la actividad procesal regulados por este Código son por días, horas y el de la distancia. Se computan según el calendario común.*

Artículo 143. Cómputo

Los plazos se computarán:

1. *Cuando son por horas, desde el instante en que se produjo el acto procesal, incluyendo las horas del día inhábil, salvo expresa disposición contraria de la Ley.*
2. *Cuando son por días, a partir del día siguiente hábil de conocido el mandato o de notificado con él.*
3. *Sólo se computará los días inhábiles tratándose de medidas coercitivas que afectan la libertad personal y cuando la Ley lo permita.*
4. *Salvo lo dispuesto en el numeral 3) para el caso de medidas coercitivas que afectan la libertad personal, cuando un plazo venza en día inhábil, se proroga de pleno derecho al día siguiente hábil.*
5. *Los plazos comunes se computarán desde el día siguiente hábil de la última notificación.*

Artículo 144. Caducidad

1. *El vencimiento de un plazo máximo implica la caducidad de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la Ley permita prorrogarlo.*
2. *Los plazos que sólo tienen como fin regular la actividad de Fiscales y Jueces, serán observados rigurosamente por ellos. Su inobservancia sólo acarrea responsabilidad disciplinaria.*

Artículo 145. Reposición del plazo

1. *Cuando factores de fuerza mayor o de caso fortuito, o por defecto en la notificación que no le sea imputable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la Ley, a su pedido.*
2. *La solicitud de reposición del plazo se presentará por escrito en el plazo de veinticuatro horas luego de desaparecido el impedimento o de conocido el acontecimiento que da nacimiento al plazo.*

3. La solicitud deberá contener:

- a) *La indicación concreta del motivo que imposibilitó la observación del plazo, su justificación y la mención de todos los elementos de convicción de los cuales se vale para comprobarlo; y,*
- b) *La actividad omitida y la expresión de voluntad de llevarla a cabo.*

Artículo 146. Subsidiariedad

El Fiscal o el Juez podrán fijar plazos a falta de previsión legal o por autorización de esta.

Artículo 147. Renuncia de plazos

1. *Los sujetos procesales podrán renunciar, total o parcialmente, a los plazos establecidos en su favor, por manifestación expresa.*
2. *Si el plazo fuere común, la abreviación o la renuncia requerirán el consentimiento de todas las partes y la aprobación del Juez.*

Artículo 148. Término de la distancia

1. *El término de la distancia se computa teniendo en cuenta la sede geográfica, y el medio de locomoción utilizable y disponible para el caso concreto.*
2. *La Corte Suprema de Justicia de la República elaborará el cuadro correspondiente.*

**TÍTULO III
LA NULIDAD**

Artículo 149. Taxatividad

La inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad sólo en los casos previstos por la Ley.

Artículo 150. Nulidad absoluta

No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes:

- a) *A la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia;*
- b) *Al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas;*
- c) *A la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria;*
- d) *A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.*

Artículo 151. Nulidad relativa

1. *Excepto en los casos de defectos absolutos, el sujeto procesal afectado deberá instar la nulidad por el vicio, cuando lo conozca.*
2. *La solicitud de nulidad deberá describir el defecto y proponer la solución correspondiente.*
3. *La solicitud deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto.*
4. *La nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada. Tampoco podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva.*

Artículo 152. Convalidación

1. *Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:*
 - a) *Cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento;*
 - b) *Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto;*
 - c) *Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.*
2. *El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.*

Artículo 153. Saneamiento

1. *Los defectos deberán ser saneados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo con el acto omitido, de oficio o a instancia del interesado.*
2. *Bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a periodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por este Código.*

Artículo 154. Efectos de la nulidad

1. *La nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependen de él. El Juez precisará los actos dependientes que son anulados.*
2. *Los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido.*



3. *La declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas salvo en los casos en que así correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación.*
4. *La declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la Investigación Preparatoria, no importará la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia.*

COMENTARIO 1:

LA NULIDAD PROCESAL DE LAS DISPOSICIONES FISCALES EN EL PROCESO PENAL*

PERCY GARCÍA CAVERO**

La entrada en vigencia del nuevo modelo procesal penal ha suscitado novedosas cuestiones problemáticas que se han procurado resolver con argumentos más o menos convincentes. Una particularidad especialmente llamativa de la forma de solucionar dichas cuestiones problemáticas es su carácter muchas veces regional, lo que encuentra explicación en la progresiva entrada en vigencia del Código Procesal Penal en los diversos distritos judiciales. En efecto, en más de alguna ocasión se ha escuchado decir que, respecto de una determinada cuestión procesal, en Huaura se soluciona así, mientras que en Trujillo o en Piura se hace de esta otra forma. No hay duda que le corresponde a la casación penal cumplir la labor de uniformizar la jurisprudencia vertida por los tribunales judiciales y evitar precisamente la disparidad de criterios de solución. Pero hasta que esa ordenación oficial de

* Este artículo fue originalmente publicado en la edición de septiembre de 2010 de la *Revista Gaceta Penal & Procesal Penal*, en un escenario en el que la Corte Suprema no había emitido aún pronunciamiento alguno sobre el tema. Al día de hoy, la situación ha variado en parte, pues se cuenta con el Acuerdo Plenario N° 04-2010 del 16 de noviembre de 2010 y la Sentencia de Casación N° 33-2011 del 8 de marzo de 2012, en los que la Corte Suprema expresa algunas ideas sobre la nulidad de las disposiciones fiscales. Por esta razón, he creído conveniente agregar una adenda a esta nueva publicación del presente artículo en este compendio de trabajos sobre el nuevo Código Procesal Penal.

** Profesor de Derecho Penal. Universidad de Piura.

la jurisprudencia tenga lugar, resulta necesario que la doctrina plantee adecuadamente el problema y ofrezca propuestas de solución razonables.

Una cuestión especialmente problemática en el nuevo modelo procesal penal es la referida a la posibilidad de que el Juez de la Investigación Preparatoria declare la nulidad de las disposiciones emitidas por el Ministerio Público. En Trujillo, los jueces de la investigación preparatoria se han pronunciado por la improcedencia de la nulidad judicial de las actuaciones fiscales expresadas en disposiciones por carecer estas de carácter jurisdiccional. Así, por ejemplo, se resolvió en el Exp. N° 2749-2007, decisión que, en su momento, quedó consentida¹. Los jueces de la investigación preparatoria de Piura han seguido esta interpretación, pero la Sala Penal de Apelaciones resolvió declarar la nulidad de una disposición fiscal por afectar sustancialmente el derecho de defensa (Exp. N° 07043-2010). Esta línea jurisprudencial se ha mantenido por la referida Sala de Apelaciones en relación con otra disposición vulneratoria del derecho de la defensa (Exp. 02017-2010). Frente a estas dos posiciones de la judicatura nacional, resulta necesario tomar una posición debidamente sustentada, a lo que procura contribuir precisamente este artículo de manera modesta.

I. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público es un organismo constitucionalmente autónomo (artículo 158 de la Constitución Política) que está al servicio de la sociedad y de la Administración de Justicia². Dentro de sus funciones destaca especialmente la defensa de la legalidad y los intereses públicos tutelados por el derecho, así como su intervención en el proceso penal mediante el ejercicio de la acción penal y la conducción de la investigación del delito. El desarrollo de estas funciones se sujeta a ciertos principios rectores, entre los que destacan especialmente el principio de autonomía y el principio de jerarquía³. Ambos principios tienen su basamento legal en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que, literalmente, dispone: "*Los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñan según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su*

1 Vid., TABOADA PILCO. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, 2009, p. 132 y ss.

2 Vid., GÁLVEZ VILLEGAS. *El Ministerio Público*. Lima, 2010, p. 25.

3 A los que se suman los principios de indivisibilidad, imparcialidad, objetividad, legalidad, responsabilidad, equidad e insustituibilidad. Vid., con mayor detalle, ANGULO ARANA. *La función fiscal*, Lima, 2007, p. 186 y ss.



institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores”.

El Tribunal Constitucional ha desarrollado el alcance constitucional de los principios de autonomía y jerarquía del Ministerio Público en la STC 6204-2006-PHC/TC del 9 de agosto de 2006 (Caso Chávez Sibina). En cuanto al primero precisa que, *“si bien es cierto que se reconoce a los Fiscales el ejercicio independiente de sus funciones de acuerdo con sus propios criterios y en la forma que consideren más ajustada a los fines constitucionales y legales que persigue el Ministerio Público, también lo es que el específico mandato del artículo 159 de la Constitución debe ser realizado de conformidad con criterios objetivos y razonables, y por tanto, exentos de un ejercicio funcional arbitrario”*. En cuanto al principio de jerarquía, el máximo intérprete de la Constitución señala textualmente que, según este principio, *“los Fiscales pertenecen a un cuerpo jerárquicamente organizado y deben sujetarse a las instrucciones que les impartan sus superiores. Tal disposición, si se quiere que sea conforme a la Constitución, solo se justifica si de lo que se trata es de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece el artículo 159 de la Constitución”*.

De lo expuesto por el Tribunal Constitucional sobre los principios regulatorios de la actuación fiscal, queda claro que, de ninguna manera, el Ministerio Público es un órgano exento del control jurisdiccional, por lo que su actuación en el proceso penal puede ser judicialmente controlada de cara a su correspondencia con la Constitución y la legalidad. La cuestión que aquí nos interesa es si, en el ejercicio de esa facultad de control, el Juez Penal puede declarar nula una disposición fiscal emitida en un proceso penal. Los que sostienen que los Jueces Penales no pueden declarar la nulidad de una disposición fiscal, consideran que hacerlo implicaría *“una sustitución o usurpación de las competencias funcionales propias del Ministerio Público que resultaría atentatoria de los principios de autonomía y jerarquía”*, por lo que el juez penal solamente podría instar al fiscal a un pronunciamiento sobre una incidencia concreta de la investigación o darle una *“recomendación”* para que regularice la investigación en atención a ciertos principios o derechos afectados⁴. Se trataría de un control débil o privilegiado, en la medida que el juez penal no podría decidir sobre la nulidad de una actuación procesal del fiscal, sino solamente pedirle que *motu proprio* rectifique una determinada situación irregular.

4 Así, el Auto de Nulidad del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo en el Exp. N° 2749-2007 (considerando noveno).



A mi entender, la procedencia de una declaración judicial de nulidad de las disposiciones fiscales no depende, en lo absoluto, de los principios regulatorios de las funciones atribuidas al Ministerio Público, sino de la naturaleza de sus actuaciones en el proceso penal y de las irregularidades que pudiesen padecer. Si la actuación procesal llevada a cabo por el Ministerio Público a través de la emisión de una disposición fiscal, reúne las condiciones que autorizan, en caso de vicio o defecto insubsanables, a declarar su nulidad procesal, entonces el juez podrá hacerlo sin ningún tipo de impedimento. La autonomía del Ministerio Público no significa intangibilidad en el sentido de que la actuación procesal defectuosa de sus representantes resulta procesalmente inatacable por la vía de la nulidad, sino se trata de un acto procesal susceptible de ser declarado nulo, entonces deberá contarse con esa posibilidad. Sin embargo, para responder a esta última cuestión resulta necesario hacer algunas consideraciones generales sobre los actos procesales y las causales de nulidad.

II. LOS ACTOS PROCESALES

El acto procesal, o lo que nuestro Código Procesal Penal llama actuación procesal, es un acto jurídico cuya naturaleza especial radica en que produce efectos en la constitución, desarrollo y fin del proceso penal⁵. Esto es lo que marca su naturaleza y no el lugar de su realización⁶. Para que el acto procesal despliegue sus efectos procesales debe reunir ciertos elementos constitutivos, esto es, ser lo que la doctrina llama un acto procesal sano⁷. La carencia o presencia defectuosa de los elementos constitutivos del acto procesal con-

5 Vid., similarmente, MORENO/CORTÉS. *Introducción al Derecho Procesal*. 3ª ed., Valencia, 2008, p. 237; MUERZA/HINOJOSA, "Los actos del proceso penal", en *Derecho Procesal Penal*, De la Oliva y otros, Madrid, 1994, p. 252.

6 VILELA CARBAJAL. "Las nulidades procesales y su tratamiento en el nuevo Código Procesal Penal". *JUS, Doctrina & Práctica*, 11 (noviembre de 2008), p. 100.

7 En el estudio de los actos procesales se distinguen los presupuestos (circunstancias fácticas o jurídicas, independientes, anteriores y externas al acto mismo que deben concurrir a fin de que produzca sus efectos como es el caso de la jurisdicción, la competencia o la capacidad), los requisitos (circunstancias coetáneas al acto con trascendencia jurídica como los requisitos de lugar, tiempo o forma) y las condiciones (circunstancias que se caracterizan porque pueden concurrir con posterioridad al acto). Vid., al respecto, MUERZA/HINOJOSA, en *Derecho Procesal Penal*, De la Oliva y otros, p. 252. Sin embargo, respecto de las condiciones ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, (trad. Córdova/Pastor), Buenos Aires, 2000, p. 176 y s., rechaza la posibilidad de que un acto procesal esté sometido a ellas, pues debe existir claridad sobre su comienzo, estado y fin en el proceso penal. En todo caso, lo que podría ser admisible es un requerimiento eventual (por ejemplo, la solicitud de incautación de determinados objetos que se puedan encontrar en un allanamiento judicialmente autorizado).

dicionan su validez y, por lo tanto, impiden el despliegue pleno de los efectos procesales procurados.

A diferencia de la regulación del acto jurídico en el Derecho civil, el Código Procesal Penal no contiene disposición alguna que precise cuáles son los elementos constitutivos del acto procesal. En consecuencia, resulta necesario esbozar, cuando menos de manera general, los elementos de los que dependería su validez. Si bien la doctrina procesal se muestra crítica ante la posibilidad de utilizar las construcciones iusprivatistas sobre los elementos del acto jurídico⁸, no hay duda que constituyen un referente del que se puede partir para un análisis estrictamente procesal, pues de lo que se trata es igualmente de determinar las condiciones de validez de un acto jurídico.⁹

1. La manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad es un elemento esencial de las actuaciones procesales¹⁰, en la medida que define el efecto procesal procurado por la partes procesales o decidido por el juez. Al respecto resulta pertinente diferenciar los actos procesales de las partes, de los actos procesales del juez. Los primeros están dirigidos a obtener una actuación judicial, una tutela¹¹, por lo que la eficacia del acto procesal de las partes no dependerá de lo manifestado por ellas, sino de la idoneidad del acto para tener el efecto procesal procurado, lo que solamente puede ser decidido por el juez. Solo a través del juez y por decisión de éste las partes pueden conseguir en el proceso lo que procuran con su actuación procesal¹². En el caso de los actos procesales del juez, por el contrario, la voluntad expresada da lugar a una decisión con efectos inmediatos en

8 Vid., con mayor detalle, SCHMIDT, *Fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal penal*, (trad. Núñez), Buenos Aires, 1957, p. 122 y ss.; VILELA CARBAJAL, *Nulidades procesales civiles y sentencias firme*. Lima, 2007, p. 40 y ss.

9 Así, DEL VALLE RANDICH. *Derecho Procesal Penal*. Parte General. Segundo Tomo. Lima, s/f, p. 54, consideraba el acto procesal como un acto jurídico.

10 Así, BELING. *Derecho Procesal Penal*, (trad. Fenech). Buenos Aires, 2000, p. 130, respecto de lo que llamaba el negocio jurídico procesal penal.

11 Vid., así, VILELA CARBAJAL. *Nulidades procesales civiles y sentencias firme*, p. 41. Si bien en la doctrina procesal (vid., SCHMIDT, *Fundamentos teóricos*, p. 127 y ss.) diferencia dentro de los actos procesales de las partes (acusado y acusador) los actos de obtención (actos dirigidos a obtener un pronunciamiento concreto del juez) y los actos constitutivos (actos que contribuyen al proceso, pero no buscan un pronunciamiento específico), la eficacia procesal de estos últimos se limita a ser atendidos o no por el juez por su aptitud para formar la situación procesal.

12 Vid., VILELA CARBAJAL. *Nulidades procesales civiles y sentencias firme*, p. 42.

el proceso, la cual puede ser de trámite, de resolución de un incidente suscitado en el proceso o de conclusión de la instancia¹³.

La manifestación de voluntad presupone la capacidad del sujeto que lleva a cabo el acto procesal¹⁴. En la doctrina procesal se distingue a este respecto entre subjetividad procesal (la capacidad de intervenir activa o pasivamente en el proceso penal) y la capacidad procesal (sujetos procesales que pueden atender por ellos mismos su cometido procesal)¹⁵. Si el agente reúne los presupuestos de capacidad, la voluntad que expresa en el acto procesal será procesalmente relevante. Sin embargo, debe recordarse que, en el caso de las partes procesales, el juez debe evaluar lo solicitado por las partes, en cuanto a su idoneidad, para que pueda desplegar los efectos procesales procurados. Por el contrario, el acto procesal del juez desarrolla por sí mismo efectos en el proceso.

Para que la voluntad expresada en el acto procesal pueda producir los efectos procesales procurados (en el caso de las partes) o decididos (en el caso del juez), aquélla debe ser libre e informada¹⁶. En caso de una falta de coincidencia entre la voluntad interna y la voluntad exteriorizada, la doctrina procesal coincide en indicar que, de cara al despliegue de los efectos procesales, ha de primar la segunda¹⁷. Sin embargo, si es que la discrepancia se debe a un vicio de la voluntad, entonces podrá discutirse la validez del acto procesal siempre que las discrepancias sean inevitables y causadas por terceros¹⁸.

2. El objeto

El acto procesal tiene como objeto producir efectos directos e inmediatos en el proceso. No se estará, por lo tanto, ante un acto procesal si el objeto del acto no es producir efectos en el proceso, aun cuando se haya realizado en el proceso mismo (por ejemplo, el reconocimiento de una deuda civil en una investigación penal por un delito de lesiones). De

13 Así, BAUMANN, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales*, (trad. Finzi). Buenos Aires, 1989, p. 221, enmarca dentro de los actos procesales judiciales los decretos, autos y sentencias.

14 Similarmente, BELING, *Derecho Procesal Penal*, p. 135; ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 174.

15 Vid., BAUMANN, *Derecho procesal penal*, p. 225 y ss.

16 ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, p. 173, destaca que la manifestación debe desencadenar **voluntariamente** las consecuencias jurídicas en el proceso.

17 Vid., BELING. *Derecho Procesal Penal*, p. 152; SCHMIDT. *Fundamentos teóricos*, p. 124.

18 Vid., VILELA CARBAJAL. *Nulidades procesales*, p. 35 y s.

la misma forma, un acto que solo tiene una relevancia procesal mediata tampoco podrá ser considerado, en estricto, un acto procesal¹⁹ (por ejemplo, la prórroga de competencia incluida en un contrato en materias en las que la competencia de los jueces resulta prorrogable).

Para que el acto procesal sea válido, en relación con su objeto, el efecto procesal procurado debe ser física y jurídicamente posible. En este orden de ideas, no podrá tener validez el acto que procura efectos procesales que no son física o jurídicamente materializables. Por ejemplo, no podrá constituirse como parte civil a la víctima del delito en un proceso penal por homicidio consumado, pues resulta físicamente imposible que el fallecido pueda realizar actuaciones como parte procesal en el proceso. De la misma manera, tampoco cabe el procesamiento penal de una persona jurídica por un delito cometido en el ámbito de su actividad social, pues en nuestro sistema penal las personas jurídicas carecen de capacidad delictiva (*societas delinquere non potest*).

3. La causa

En la doctrina civil, la causa como elemento esencial del negocio jurídico constituye uno de los tópicos de discusión más polémicos y en el que hay poco consenso²⁰. Sin pretender resolver una discusión en la que los mismos civilistas no se ponen de acuerdo, podría partirse de la idea de que la causa del negocio jurídico está referido a la razón que justifica que una determinada voluntad produzca determinados efectos jurídicos. En el ámbito del Derecho procesal, difícilmente se podría afirmar una causa particular para cada acto procesal, por lo que los procesalistas tienden a identificar la causa del acto procesal con la causa del proceso²¹. Desde esta perspectiva, la causa del acto procesal, común a todos ellos, sería el interés o necesidad de una tutela procesal efectiva, lo que hace muy difícil la realización de actos procesales que apunten a la consecución de una tutela jurídica ilícita. Quizá podría plantearse el ejemplo de la demanda presentada por una persona con una enfermedad incurable que le pide al Poder Judicial que ordene que se proceda a quitarle la vida. Queda claro que, dado el carácter indisponible de la

19 Vid., VILELA CARBAJAL. *Nulidades procesales*, p. 38. A estos actos, DEL VALLE RANDICH. *Derecho Procesal Penal*, p. 52, llamaba actos extraprocesales.

20 Vid., LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*, 2ª ed., Lima, 1987, p. 69.

21 Informa sobre esta cuestión en la discusión procesal, VILELA CARBAJAL. *Nulidades procesales*, p. 40.



vida y el tenor del capítulo de homicidio del Código penal, la solicitud de tutela judicial sería contraria al Derecho.

Lo anteriormente señalado requiere de una precisión para el caso del proceso penal. La causa del proceso penal no es sancionar penalmente a los procesados, sino determinar, en el marco del respeto de las garantías y los derechos fundamentales, si existe una ofensa penal imputable al procesado y, de ser el caso, imponerle la consecuencia jurídica prevista en el tipo penal correspondiente. Como puede verse, la licitud de la causa del proceso penal se mide no solo por la imposición de la sanción penal al procesado en caso de encontrarse culpable, sino también por el respeto de las garantías procesales y los derechos fundamentales del imputado y de los otros sujetos procesales. Esta comprensión de la causa del acto procesal abre, a mi entender, una posibilidad poco explorada sobre la nulidad por violaciones a garantías y derechos fundamentales en las actuaciones procesales.

4. La formalidad

En el caso de los actos procesales, la forma adquiere una singular importancia²². Se trata del aspecto exterior que debe revestir el acto procesal²³. Es importante destacar que la forma de los actos procesales no es un ritualismo irracional que impone la cultura procesal, sino que cumple determinados fines en el proceso, como, por ejemplo, el aseguramiento y prueba del acto procesal, la mejor comprensión de lo expresado o el ejercicio de una defensa ordenada y eficaz²⁴. En el Código Procesal Penal se establecen un conjunto de disposiciones generales sobre las formalidades de los actos procesales en relación con el idioma (artículo 114), el lugar (artículo 116) y el tiempo (artículo 117)²⁵. En cuanto a la declaración de voluntad del acto procesal, el nuevo modelo procesal se inclina fundamentalmente por la forma oral²⁶.

En la doctrina procesal se ha discutido, en relación a las formas procesales, si el sentido de las mismas responde a una teoría unitaria o si,

22 Vid., CÁCERES JULCA. *Las nulidades en el proceso penal*, p. 40.

23 Similarmente, BELING. *Derecho Procesal Penal*, p. 141.

24 Vid., BAUMANN. *Derecho procesal penal*, p. 229.

25 Sobre las relaciones espaciales y temporales en los actos procesales, con mayor detenimiento, BELING. *Derecho Procesal Penal*, p. 146 y ss.

26 Así, también en el Derecho procesal penal español, MORENO/CORTÉS. *Introducción al Derecho Procesal*, p. 249.



por el contrario, estas responden a funciones distintas. Esta discusión no resultaría ociosa, pues el tratamiento de la nulidad por defectos en la forma procesal sería distinto en caso de asumirse una teoría única o, más bien, la tesis de las funciones diferenciadas²⁷. Pese a lo interesante de este planteamiento doctrinal, el análisis que se va a hacer a continuación sobre las nulidades procesales no se ordenará en razón de este punto de discusión doctrinal, sino atendiendo fundamentalmente a las particularidades de la regulación legal de la nulidad.

III. LA NULIDAD PROCESAL DE LOS ACTOS PROCESALES DEFECTUOSOS

Un acto procesal es defectuoso cuando no reúne los elementos establecidos por la normativa procesal²⁸. El defecto puede ser más o menos grave, en función de si el vicio afecta factores secundarios o accesorios del acto procesal o si, por el contrario, va en contra de su esencia. Sobre la base de esta gravedad del defecto, la doctrina procesal ha diferenciado las nulidades absolutas de las nulidades relativas. Las primeras se producen cuando el acto procesal adolece de un elemento esencial fijado en la Constitución o en la ley procesal como necesario para que el acto produzca sus efectos normales²⁹. Por su parte, las nulidades relativas están referidas a aquellos vicios o defectos no esenciales que no afectan los efectos procesales del acto procesal, mientras no sean cuestionados bajo el mecanismo de la nulidad por la parte directamente afectada o interesada³⁰.

El Código Procesal Penal regula la nulidad siguiendo el criterio de distinción de las nulidades en absolutas y relativas. El artículo 150 del CPP precisa los defectos que se consideran esenciales, a saber: los concernientes a la intervención, asistencia y representación del imputado o la ausencia de su abogado defensor en caso de ser su presencia obligatoria; los concernientes al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas; los concernientes a la promoción de la acción penal y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales en las que su participación es obligatoria; y los

27 Vid., así, la propuesta de BINDER. *El incumplimiento de las formas procesales*, Buenos Aires, 2001, p. 47 y ss.; el mismo, "Invalidez de los actos procesales y formas del proceso", en *Garantías constitucionales y nulidades procesales-I. Revista de Derecho Penal*, DONNA (dr.), Buenos Aires, 2001, p. 207 y ss.

28 Así, DEL VALLE RANDICH. *Derecho Procesal Penal*, p. 71.

29 Similarmente, SERRA DOMÍNGUEZ. "Nulidad procesal". *Revista Peruana de Derecho Procesal*, II (1998), p. 562.

30 Así, CÁCERES JULCA. *Las nulidades en el proceso penal*, p. 62.

concernientes a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías constitucionales. El resto de defectos de los actos procesales darán pie solamente a nulidades relativas.

En el caso de las nulidades relativas, la normativa procesal ha desarrollado mecanismos para corregir el defecto sin que sea necesaria una declaración de nulidad del acto procesal, en consonancia con el llamado principio de conservación de los actos procesales³¹. En el Código Procesal Penal se reconoce, en este sentido, las figuras de la convalidación y del saneamiento. La convalidación procede, en el caso de defectos relativos, cuando los sujetos procesales, teniendo el derecho para impugnar el acto defectuoso, no lo ha impugnado; o cuando, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su finalidad o no ha afectado derechos o facultades de los intervinientes. Por su parte, el saneamiento procede igualmente para defectos relativos, siempre que sea posible sanear el defecto con la renovación del acto, la rectificación del error o el cumplimiento de la omisión.

De lo anterior, se desprende que no resulta posible acudir a las figuras de la convalidación y del saneamiento en caso de defectos absolutos, por lo que, en principio, la validez del acto procesal solo podrá ser atacado en estos supuestos mediante una nulidad procesal. En el caso de nulidades relativas, la nulidad procesal se podrá también plantear siempre que los defectos no se hayan convalidado, no se haya pedido oportunamente su saneamiento o éste no sea posible.

1. Las causales de nulidad del acto procesal

En la doctrina procesal se discute en torno a los vicios o defectos que podrían originar una nulidad procesal, en donde unos los limitan a los vicios extrínsecos (quebrantamiento de las formas del acto procesal³²) y otros los extienden a los vicios intrínsecos (voluntad, objeto y causa). No aprecio razones convincentes para limitar la nulidad procesal solamente a los vicios de forma, pues el acto procesal tampoco debería desplegar efectos procesales en el caso de defectos concernientes a cualquiera de sus elementos constitutivos, extrínsecos o intrínsecos. El Derecho procesal no puede limitarse a las formas, sino que debe tener en cuenta también el contenido de los actos procesales.

31 Vid., así, SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho procesal penal*. 2ª ed., II, Lima, 2003, p. 1022.

32 En esta línea, BINDER. *El incumplimiento de las formas procesales*, p. 47 y s.; CÁCERES JULCA. *Las nulidades en el proceso penal*, p. 40.



Sobre la base de lo anterior, se podrá plantear la nulidad del acto procesal por defectos referidos no solo a la inobservancia de la forma legalmente establecida, sino también por defectos referidos a la declaración de voluntad³³ (por ejemplo, la confesión del imputado obtenida por tortura), a la posibilidad física o jurídica del efecto procesal procurado (por ejemplo, la sentencia que impone al imputado de un delito de robo agravado la pena de muerte), a la licitud de la causa (por ejemplo, la condena por un adulterio o con violación al contenido esencial del derecho de defensa). En función de los parámetros legales de los artículos 150 y 151 del CPP cabrá definir el defecto como absoluto o relativo, a partir de los cual se podrá determinar el procedimiento a seguir para la declaración judicial de nulidad.

Un aspecto que resulta oportuno precisar es el principio de taxatividad previsto en el artículo 149 del CPP. Conforme a esta regulación legal, la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales solo será causal de nulidad en los casos previstos en la ley. De esto se infiere que las nulidades solo se sancionarán si están legalmente previstas de manera expresa³⁴. Al respecto resulta pertinente, sin embargo, precisar que la taxatividad está referida solamente al elemento extrínseco de la forma procesal, pues el artículo 149 del CPP alude a las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales. En consecuencia, la taxatividad o legalidad de la nulidad solamente se refiere a los defectos de forma, por lo que éstos solamente podrán acarrear la nulidad del acto procesal si la ley procesal sanciona la inobservancia de la forma con nulidad. Por el contrario, la taxatividad no alcanza a los defectos que no están referidos a la forma del acto procesal.

2. La nulidad recae sobre los actos procesales del juez

Tal como se indicó al distinguir entre los actos procesales de las partes y los actos procesales del juez, los efectos procesales de las primeras dependen de un pronunciamiento judicial. En este orden de ideas, la nulidad no debe declararse respecto de los actos de las partes que, de por

33 Queda claro que las prescripciones del Derecho civil no definen la relevancia de los vicios de la voluntad en el acto procesal, pues estas cuestiones tienen que tener su respuesta desde el punto de vista procesal. Vid., en este sentido, SCHMIDT. *Fundamentos teóricos*, p. 123.

34 Así, críticamente, VILELA CARBAJAL. *JUS, Doctrina & Práctica*, 11 (noviembre de 2008), p. 109.



sí, no producen efectos procesales, sino solamente respecto del acto procesal del juez. Para decirlo en otras palabras: La nulidad procesal recae sobre actos del juez, sea que se trate de las decisiones que toma a lo largo del proceso penal, sea que se trate de un pronunciamiento ante un acto de postulación o solicitud de una de las partes procesales. En consecuencia, solo los actos jurisdiccionales serían susceptibles de ser declarados procesalmente nulos³⁵.

3. El carácter excepcional de la nulidad procesal

Una de las características más importantes de la nulidad procesal es su carácter excepcional. En la doctrina casacional civil se ha dejado constancia expresa de esta particularidad, al señalar textualmente que “(...) las nulidades procesales, entendidas como aquél estado de anormalidad de un determinado acto procesal (o conjunto de ellos) en razón de la carencia o presencia defectuosa de requisitos que condicionan su existencia regular son, según la más moderna doctrina, soluciones de ultima ratio, a las que solo debe recurrirse en casos extremos, dejando de lado la añeja posición del culto de la forma por la forma” (Casación Civil N° 3706-2006 Ica del 4 de junio de 2007). Por lo tanto, si es que existen otros mecanismos o remedios procesales para corregir o hacer frente a los defectos de los actos procesales, entonces habrá que recurrir primero a ellos.

Dentro de los controles que se pueden utilizar para impedir que un acto procesal defectuoso despliegue sus efectos en el proceso, cabe destacar primeramente el control de admisibilidad que el juez hace respecto de los actos procesales de obtención de las partes, en el que se pronuncia sobre la validez del procedimiento al que aquél da lugar, otorgando un plazo para remover el defecto que la provocó³⁶. En otros casos, se cuentan con vías procesales específicas para hacer frente al defecto del acto procesal, como sucede con las excepciones procesales. Si existe esta vía específica, entonces habrá que desvirtuar el efecto del acto procesal defectuoso mediante la interposición del medio técnico de defensa correspondiente. En la doctrina procesal, existe consenso también en afirmar

35 En este sentido, VILELA CARBAJAL, *JUS. Doctrina & Práctica*, 11 (noviembre de 2008), p. 105.

36 Vid., más detenidamente, MONROY PALACIOS. “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/1 (2007), p. 301 y s.



que si el acto procesal es una resolución judicial impugnabile, entonces los defectos de este acto procesal del juez no deben llevar, en principio, a una declaración de nulidad, sino que dicho acto procesal deberá ser impugnado con la finalidad de impedir que despliegue sus efectos³⁷. Si se trata de una decisión firme, cabrá incluso en el caso de una sentencia condenatoria, la posibilidad de interponer una acción de revisión conforme a los artículos 439 y siguientes del CPP.

No debe considerarse un mecanismo previo a la posibilidad de interponer una nulidad procesal, el recurso a acciones de garantía por la violación manifiesta de derechos constitucionales. La excepcionalidad de la nulidad procesal está referida a los mecanismos *intra* proceso, más no a otras acciones o vías procesales. Por lo demás, la lógica del nuevo proceso penal es precisamente establecer mecanismos dentro del proceso para preservar las garantías y derechos constitucionales, de manera tal que se reduzca la necesidad de entablar procesos constitucionales. A las acciones de garantía habría que recurrir, más bien, cuando al interior del proceso no se pueda corregir el vicio, siempre que el daño por el acto procesal defectuoso no se torne en irreparable³⁸.

IV. LA NULIDAD PROCESAL DE LAS DISPOSICIONES FISCALES

En el punto 2 del apartado precedente se ha indicado que la nulidad recae sobre actos procesales del juez, por lo que las disposiciones fiscales no podrían, en principio, ser declaradas judicialmente nulas. Dado que el Ministerio Público es un sujeto procesal y los efectos procesales de sus actuaciones dependerían del juez, la declaración de nulidad solo podría recaer sobre la resolución judicial que le da el efecto procesal a su actuación en el proceso. En otras palabras: la nulidad procesal solo podrá plantearse respecto de actos jurisdiccionales³⁹, por lo que, careciendo las disposiciones fiscales de carácter jurisdiccional, no será posible plantear su nulidad procesal.

Precisamente, el carácter no jurisdiccional de las actuaciones del Ministerio Público constituye uno de los principales argumentos por los que se ha rechazado la posibilidad de declarar nula una disposición fiscal. La afirmación de que la función desplegada por el Ministerio Público en el proceso penal carece de un carácter jurisdiccional se apoya en lo dispuesto en el artículo IV

37 Vid., BELING. *Derecho Procesal Penal*, p. 162; BAUMANN. *Derecho procesal penal*, p. 221.

38 Vid., así, MUERZA/HINOJOSA, en *Derecho Procesal Penal*, De la Oliva y otros, p. 262 y s.

39 Así, VILELA CARBAJAL, *JUS. Doctrina & Práctica*, 11 (noviembre de 2008), p. 105.



del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que está referido a las funciones que cumple el Ministerio Público en el proceso penal. En este dispositivo legal, se le asigna concretamente la titularidad en el ejercicio de la acción penal, el deber de la carga de la prueba y la conducción de los actos de investigación desde su inicio. En cuanto a los actos de investigación, el citado artículo precisa que “no tienen carácter jurisdiccional”, por lo que, de ser necesaria una decisión de esta naturaleza, la requerirá al órgano jurisdiccional motivando debidamente su petición⁴⁰.

Está claro que el Ministerio Público carece de potestad jurisdiccional⁴¹, pues no deciden de manera definitiva e irrevocable los conflictos sociales mediante la interpretación de las normas jurídicas. En concreto, carecen de la facultad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, definición de la jurisdicción y nota esencial que define al Poder Judicial⁴². Si todas las actuaciones procesales del Ministerio Público requiriesen de una decisión judicial para poder tener un efecto procesal, no habría duda sobre la falta de necesidad de declarar su nulidad, la cual tendría que dirigirse a la decisión judicial que autorizó el despliegue de los efectos procesales procurados por el Ministerio Público. Sin embargo, para el cumplimiento de su función de conducción de la investigación en el proceso penal, el Ministerio Público cuenta con un margen de decisión con relevancia sobre terceros, lo cual, si bien no es definitivo ni irrevocable, no precisa de una aprobación judicial.

En efecto, al Ministerio Público se le reconocen en el nuevo proceso penal un conjunto de prerrogativas que no se someten a evaluación judicial, por lo que sus efectos procesales no dependen de una decisión o autorización judicial. El artículo 122 del Código Procesal Penal indica que el Ministerio Público dicta, en el ámbito de su intervención en el proceso, disposiciones para decidir: a) el inicio, continuación o el archivo de las actuaciones; b) la conducción compulsiva de un imputado, testigo o perito, cuando pese a ser emplazado debidamente durante la investigación no cumple con asistir a las diligencias de investigación; c) la intervención de la Policía a fin de que realice

40 Aunque GÁLVEZ/RABANAL/CASTRO. *El Código Procesal Penal*. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos, Lima, 2009, p. 55, hacen la atinencia que, en casos excepcionales, tratándose de medidas cautelares y otras medidas urgentes, pueden decidir sobre su adopción con cargo a solicitar su confirmación por parte del juez.

41 MORENO/CORTÉS. *Introducción al Derecho Procesal*, p. 40, define la potestad jurisdiccional, atribuida en exclusiva al Poder Judicial, como la potestad “de decir el Derecho y de lograr incluso por la fuerza que las decisiones judiciales se cumplan y, con ello, que los derechos de los ciudadanos sean debidamente amparados”.

42 En este sentido, MORENO/CORTÉS. *Introducción al Derecho Procesal*, p. 166.

actos de investigación; d) la aplicación del principio de oportunidad; y e) toda otra actuación que requiera expresa motivación dispuesta por ley. Como se trata de una decisión; en el párrafo quinto del mencionado dispositivo legal, se impone un deber de motivación.

Lo anterior muestra que las disposiciones emitidas por el Ministerio Público no están sujetas a aprobación o decisión judicial. Por mostrar el ejemplo más patente: El artículo 336 del Código Procesal Penal establece que si el fiscal cuenta con indicios reveladores de la existencia de un delito en el que ha individualizado al imputado, siempre que la acción penal no haya prescrito y se cumpla con los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria. La disposición de formalización simplemente se comunica al Juez de la Investigación preparatoria, tal como lo indica el artículo 3 del Código Procesal Penal. Como puede verse, el efecto procesal de la disposición de formalización de la investigación penal no depende de una aprobación del juez, sino que a éste simplemente se le comunica la decisión del fiscal. En la medida que este acto procesal del Ministerio Público produce por sí mismo efectos procesales, resulta perfectamente viable el planteamiento de una nulidad procesal por la existencia de un defecto absoluto o relativo, pero insubsanable.

Al argumento teórico precedente hay que agregar un argumento de orden legal. El argumento de que el juez no puede declarar la nulidad de las actuaciones procesales del Ministerio Público, es deudor del modelo procesal mixto del Código de Procedimientos Penales, en los que el fiscal denunciaba, acusaba y dictaminaba, siendo la instrucción una etapa del proceso dirigida por el Juez Instructor. En este modelo, el Poder Judicial no podía anular los actos procesales de los fiscales, sino solamente rechazar la denuncia, declarar insubsistente la acusación o decidir en contra de lo dictaminado por el Ministerio Público. En el nuevo modelo procesal, la situación es distinta, pues al fiscal se le encarga la investigación penal y se le dota de cierta capacidad decisoria con base en las llamadas disposiciones fiscales.

Por otra parte, conforme a la sistemática legislativa del actual texto procesal penal, las disposiciones que emite el Ministerio Público en el ámbito de su intervención en el proceso están reguladas en el artículo 122 del CPP, en un mismo capítulo con las resoluciones judiciales. Tanto las disposiciones fiscales como las resoluciones judiciales se engloban en el título I de la sección I del Libro Segundo del Código Procesal Penal que lleva por título: Las actuaciones procesales. Esto quiere decir que tanto las disposiciones fiscales como las resoluciones judiciales son actuaciones procesales. Si el artículo 149 del CPP, que regula la taxatividad de la nulidad por razones de forma, señala



que “la inobservancia de las disposiciones establecidas para las **actuaciones procesales** es causal de nulidad”, la nulidad estará referida tanto a resoluciones judiciales como a disposiciones fiscales.

V. EL POSIBLE EFECTO PROCESAL ENTORPECEDOR QUE SE DERIVARÍA DE LA ADMISIÓN DE LA NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES FISCALES

No hay duda que el ejercicio de la defensa ha llevado muchas veces a un abuso de la figura de la nulidad procesal. Se trata del llamado “litigio indirecto” que no apunta a discutir el fondo del proceso penal, sino a impedir un pronunciamiento de fondo por los defectos en las formas procesales⁴³. En el nuevo modelo procesal penal, que busca la celeridad de los procesos penales, podría parecer inapropiado admitir que el sistema de nulidades sea aplicable a las disposiciones fiscales, pues eso daría lugar al llamado litigio indirecto. Sin embargo, debe recordarse que el nuevo modelo no gira en torno únicamente a un proceso penal más rápido, sino también más garantista y, por lo tanto, no puede admitirse que lo que antes podía dar pie a una nulidad (como ocurría, por ejemplo, con el auto de apertura de instrucción) hoy ya no sea posible.

Con base en lo anterior, la posibilidad de plantear nulidades a las disposiciones fiscales no debe verse como un entorpecimiento de la labor del Ministerio Público en el proceso penal (especialmente en la etapa de la investigación preparatoria que conduce), sino como el necesario control a la labor encargada a este actor del sistema penal. Si el Ministerio Público considera deseable que no se planteen nulidades a sus disposiciones entonces deberá esforzarse por hacerlas conforme a la normativa legal correspondiente, en especial en estricta observancia de las garantías y los derechos constitucionales.

VI. ADENDA: EL DILEMA CONTINÚA

En noviembre de 2010, los Jueces Supremos en lo Penal de la Corte Suprema de la República se reunieron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para emitir diversos acuerdos plenarios, dentro de los cuales se aprobó el Acuerdo Plenario N° 4-2010 que abordó el tema de la audiencia de tutela. Aun cuando este acuerdo plenario no se ocupa directamente de la nulidad de las disposiciones fiscales, realiza algunas afirmaciones que resulta pertinente destacar de cara a poder ir avizorando la posición que sobre el tema tendría la jurisprudencia nacional de la más alta jerarquía.

43 Vid., BINDER. *El incumplimiento de las formas procesales*, p. 14.



En primer lugar, el Acuerdo Plenario N° 4-2010 deja en claro que si bien los actos realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de una autoridad pública encargada de la persecución del delito, ello no implica que sean inatacables e incuestionables (punto 16). Esta afirmación resulta absolutamente válida y tira al suelo el argumento principista de que el Ministerio Público es un organismo autónomo e independiente, cuyas decisiones no pueden ser declaradas nulas por las instancias judiciales. Sin embargo, el mismo acuerdo plenario hace una atinencia específica sobre la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, indicando que se trata de una actuación unilateral del Ministerio Público que no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria (punto 18). Algunos han entendido que esta afirmación excluye la posibilidad de declarar la nulidad, cuando menos, de la disposición de formalización. Esto no es, sin embargo, una interpretación forzosa de lo afirmado en el acuerdo plenario, pues la nulidad no constituye una impugnación y tampoco apunta a dejar sin efecto una decisión (ineficacia), sino que lo que busca es una declaración de que el acto procesal nació inválido y, por lo tanto, no ha podido generar efectos jurídicos. Lo que el Acuerdo Plenario N° 4-2010 excluye es la revisión judicial de lo decidido en la disposición de formalización de la investigación preparatoria. Tan es así el sentido del referido acuerdo plenario que reconoce que la forma de discutir la falta de los “presupuestos esenciales de la imputación” es a través de los medios de defensa técnicos que se pueden implementar durante la investigación preparatoria. Por lo tanto, el Acuerdo Plenario N° 4-2010 no puede tomarse como un pronunciamiento en contra de la nulidad de las disposiciones fiscales.

Si hay algo que cabe echar en falta en el Acuerdo Plenario N° 4-2010 es no haberse pronunciado sobre la distinción entre la tutela de derechos y la nulidad de las disposiciones fiscales. Esto es mucho más deseable si es que la tutela de derechos, como lo indica expresamente el referido acuerdo plenario, tiene un carácter residual que se corresponde con la idea de excepcionalidad de la figura de la nulidad procesal. Podrían sostenerse que la falta de pronunciamiento al respecto se explica en que no es posible la nulidad de las decisiones del Ministerio Público, por lo que no habría ningún entrecruzamiento entre la audiencia de tutela y la nulidad procesal de las disposiciones fiscales. Sin embargo, de haber sido así, habría sido muy instructivo que la Corte Suprema se pronuncie en ese sentido y no deje, más bien, en la nebulosa, la cuestión de si es posible la nulidad de las decisiones fiscales.

La Corte Suprema ha tenido una nueva posibilidad de pronunciarse al respecto en la Sentencia de Casación N° 33-2011, de fecha 8 de marzo de



2012. Esta casación tuvo por objeto de impugnación una resolución de la Sala de Apelaciones de Piura que declaró la nulidad de una disposición fiscal de la Fiscalía Superior de Apelaciones que, a su vez, declaró fundado un recurso de queja contra la disposición de archivo de un hecho que ya había sido investigado por otra fiscalía con una disposición de archivo firme (*ne bis in idem*). Al calificar la Corte Suprema el recurso de casación estimó que estaba bien concedido en atención a la necesidad de desarrollar doctrina jurisprudencial respecto a “*si los órganos jurisdiccionales están o no facultados a declarar la nulidad de disposiciones fiscales relacionadas con el ejercicio de la acción penal*”. Sin embargo, el pronunciamiento emitido finalmente se desvió del objetivo originario de la casación, pues entiende que lo que realmente se está cuestionando no es la validez de una disposición fiscal, sino la legalidad de los actos de investigación a nivel de las diligencias preliminares en relación con un hecho que ya fue investigado con un pronunciamiento fiscal firme. En este orden de ideas, resuelve que los cuestionamientos deben hacerse por la vía de una tutela de derechos y no mediante una nulidad. Puede decirse, por tanto, que continúa el dilema de si los jueces pueden declarar la nulidad de las disposiciones fiscales.

Sin entrar a discutir la exactitud del enfoque dado por la Corte Suprema al caso examinado, el hecho es que la figura de la nulidad procede frente a las actuaciones procesales, tal como lo establece el artículo 149 del CPP. En términos legales no hay forma de negarle a las disposiciones fiscales el carácter de actuación procesal, tan es así que se regulan dentro del Título I, de la Sección I del Libro Segundo del Código Procesal Penal referido a las actuaciones procesales. Tal como también ya se ha señalado, no toda decisión fiscal puede ser pasible de un pedido de nulidad procesal, pues las decisiones fiscales cuyos defectos procesales dependen de una decisión judicial, no pueden ser declaradas nulas, sino en todo caso la resolución judicial que las acoge. Por eso, los requerimientos fiscales no pueden ser objeto de nulidad, sino de rechazo judicial. Por esta razón, solamente las disposiciones fiscales que produzcan efectos procesales sin intermediar una decisión judicial son pasibles de un pedido de nulidad. A lo anterior debe agregarse que si es que el cuestionamiento a la disposición fiscal emitida cuenta con una vía específica idónea, no debe acudir a la nulidad, sino a la vía específica.

El escenario jurídico planteado suscita la necesidad de establecer la diferencia entre la tutela de derechos y la nulidad procesal. Una alternativa es establecer que son dos vías procesales distintas. La nulidad se plantearía en relación con vicios que afectan de manera insubsanable la validez de la disposición fiscal (nulidad absoluta) o que pueden ser subsanados o convalidados

(nulidad relativa). Dentro de las causales de la nulidad absoluta está la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución (artículo 150 literal d del CPP). Bajo esta lógica, la tutela de derechos estaría referida exclusivamente a afectaciones de los derechos previstos en el artículo 71 del CPP, sean éstos de naturaleza legal o constitucional. La nulidad procesal abarcaría el resto de derechos o garantías constitucionales. Por el contrario, la otra alternativa es entender que no se trata de dos vías distintas, sino de una pretensión y de un vehículo procesal. La nulidad tiene una pretensión procesal específica: La declaración de que un acto procesal estuvo viciado y, por tanto, no ha podido desplegar efecto procesal alguno. Esta nulidad se puede conducir procesalmente por distintos vehículos. Un vehículo procesal puede ser la vía recursal legalmente prevista (por ejemplo, la apelación o la casación), las excepciones o la cuestión previa. En el caso de actuaciones procesales realizadas por el Ministerio Público que afecten los derechos reconocidos en el artículo 71 del CPP, el vehículo procesal será la tutela de derechos. Si es que la pretensión de nulidad no cuenta con un vehículo procesal específico entonces se debe seguir una audiencia de nulidad, en la que sobre la base de la oralidad, intermediación y contradicción, el juez pueda decidir sobre la validez de una disposición fiscal.

COMENTARIO 2:

LA NULIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR*, **

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La nulidad es la situación opuesta al avance procesal. Si el proceso implica una evolución hacia un fin determinado, la nulidad es el retroceso y el alejamiento de tal cometido, y se origina, generalmente, por la inaplicación o aplicación indebida de una norma jurídica que asegura el derecho a un debido proceso.¹

Con ello se puede decir que la nulidad es el estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que, potencialmente, lo coloca en situación de ser declarado como judicialmente inválido.²

El régimen de la nulidad procesal se viene nutriendo del tratamiento de la nulidad sustantiva, por lo que toda la temática y las instituciones del modelo del acto jurídico civil se extienden al ámbito procesal. Por ello es que se ha dicho que el tema de las nulidades procesales es una tarea pendiente, a tal punto que la mayoría de autores obvian un mínimo de tratamiento a tan trascendental problema.³

Las faltas producidas en los actos procesales, dependiendo de su gravedad dan lugar a distintas categorías como son la inexistencia, la nulidad y la anulabilidad del acto. La inexistencia surge cuando se ha omitido algún requisito necesario para que el acto se manifieste, en cambio la nulidad y la anulabilidad se presentan cuando se ha omitido algún requisito esencial.⁴

* Abogado y Maestro en Derecho. Catedrático de la Universidad Nacional de Cajamarca. Abogado de la Escuela de Capacitación Registral de la SUNARP.

** Con gratitud al doctor Pablo Sánchez Velarde.

1 MONROY GÁLVEZ, Juan. 1995. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima, p. 319.

2 TICONA POSTIGO, Víctor. 1996. *Análisis y comentario al Código Procesal Civil*. 3ª edición. Vol. I. Lima: Editorial Grijley, p. 345

3 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal - Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. 2008. Lima. Jurista Editores e Instituto derecho y justicia, pp. 343-344.

4 RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen. 2009. *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma*. Madrid. Editorial Dykinson, pp. 46-47.



Los defectos que dan origen a la inexistencia o a la nulidad –en términos generales– no son subsanables, y suelen ser apreciados de oficio por el juzgador a fin de que el acto no produzca efectos. No obstante, por razones de oportunidad y economía procesal, un tribunal debe facilitar la subsanación del defecto. Respecto de los actos anulables, la subsanación puede efectuarse concediendo a las partes la posibilidad de subsanar la falta o también omitiendo el perjudicado la denuncia del defecto producido.⁵

2. CONCEPTO

La nulidad es considerada a la vez como una sanción y como un medio impugnatorio. Como una sanción, se concibe a la nulidad como la más grave que se puede imponer a un acto⁶. Se trata de una sanción procesal por la cual se declara inválido un acto procesal, privándolo de sus efectos⁷. La nulidad sería una amenaza que pendería sobre actos defectuosos y que se resolvería en su ineficacia procesal⁸.

Y como medio impugnatorio, la nulidad está destinada a cuestionar la validez o eficacia de un acto jurídico procesal o de todo un proceso. En algunos casos será un recurso y en otros, un remedio, dependiendo de, si el acto procesal cuestionado, esté o no, contenido en una resolución, respectivamente.⁹

Nuestro Código Procesal Penal ubica a la nulidad dentro de la actividad procesal, por lo que se alinea en la primera corriente que asevera que la nulidad no corresponde, en estricto, al tema de los medios impugnatorios, sino más bien a la teoría general de los actos procesales.¹⁰

3. CARACTERÍSTICAS

- Es un recurso o remedio excepcional último, al que debe recurrirse solamente cuando el vicio no pueda sanearse de un modo distinto a la apli-

5 RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen. Ob. cit., p. 47

6 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. *El sistema procesal penal acusatorio - El justo proceso - Estructura y funcionamiento - Prospectiva de Italia para América Latina*. 2009. Lima. ARA Editores, p. 384.

7 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano - Teoría y práctica de su implementación*. 2009. Lima. Palestra Editores, p. 258.

8 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 344.

9 Cfr. RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen. Ob. cit., p. 48.

10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 343.

cación de la sanción. Se trata de una opción final¹¹, por lo que si hubiere otro camino transitable, se la debe desestimar.

- Su interpretación es restrictiva, es decir, que, en caso de duda sobre la existencia del defecto, cabe aplicar el principio *in favor procesum*, o sea, se desestima la nulidad y se opta por la continuación del proceso.
- Su aplicación es restringida, es decir, en principio, la nulidad de un acto viciado no debe alcanzar a los demás, a menos que se demuestre que lo contrario implicaría una afectación al derecho de defensa.
- Un acto viciado de nulidad se reputa válido hasta que una decisión del órgano jurisdiccional no determine lo contrario.

4. PRINCIPIOS BÁSICOS

4.1. Especificidad, Taxatividad o Legalidad

La nulidad podrá aplicarse únicamente cuando surja de manera expresa o implícita en la ley. Tal principio ha sido recogido en el artículo 149 de nuestro código procesal penal donde se consagra que la inobservancia de las disposiciones establecidas para las actuaciones procesales es causal de nulidad solamente en los casos previstos por la Ley.

En efecto, en las nulidades expresas, la ley establece la formalidad, indicando que deben cumplirse bajo sanción de nulidad u otra forma similar. En las nulidades tácitas la sanción no está prescrita específicamente por la ley, pero deberán aplicarse si el incumplimiento formal ha generado que el acto no cumpla con su finalidad.¹² Estas nulidades implícitas operan en caso de que se violara una norma jurídica de carácter imperativo, incluso cuando ello no estuviese previsto expresamente en la ley.¹³

Ello quiere decir que la especificidad está condicionada a la instrumentalidad de las formas, lo cual implica que hay nulidad, aunque no haya sanción expresa, cuando el acto no cumpla con el fin para el que fue destinado y, por consiguiente, no habrá nulidad, incluso con norma ex-

11 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 384

12 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. 1995. *Alcances sobre el tema de la nulidad procesal*. Vol. II, de *El debido proceso y la demanda civil*, de Víctor Ticona Postigo. Lima: Editorial Rodhas, p. 68.

13 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., p. 258.



presa, cuando el acto, aun siendo irregular, haya cumplido la finalidad para la que estaba destinado.¹⁴

Basado en este principio, es inviable aplicar la nulidad vía analogía.¹⁵ Verbigracia, no se puede declarar –judicialmente– la nulidad de actos fiscales, dado que estos últimos no tienen carácter jurisdiccional propiamente dichos. En una palabra, la nulidad se reserva solamente para vicios procesales de resoluciones y actos judiciales.¹⁶

Como ejemplo del acogimiento de este principio tenemos que, en el artículo 429, se detallan las causales para interponer recurso de casación, y en su inciso 2 se consigna a la sentencia o auto que incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas taxativamente con nulidad.

4.2. Trascendencia

Las nulidades no existen por el mero interés de la ley. No hay nulidad sin perjuicio cierto e irreparable que no pueda remediarse de otro modo que no sea mediante la sanción de nulidad. Así, se delimita la legitimidad para solicitar la nulidad, pues solo podrá alegarla la parte que sea perjudicada con el acto procesal viciado.¹⁷

La trascendencia indica que la nulidad únicamente puede sancionarse cuando hay un fin que trascienda la nulidad misma, o sea, cuando exista un perjuicio y el interés jurídico en su declaración. Si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías del debido proceso, la nulidad debe desestimarse.

En una palabra, no hay nulidad si es que no se acredita que el vicio alegado trasciende sobre las garantías de defensa en juicio.¹⁸

Como requisitos para la aplicación de este principio se exige: que el vicio o defecto no haya quedado subsanado; la alegación de daño o perjuicio sufrido por el nulificante, precisando la defensa, el derecho o la prueba concreta que se ha visto privado de oponer o hacer valer; probar el daño o el perjuicio alegado; probar el interés jurídico propio y específico; y,

14 RODRÍGUEZ APUD, Luis A. y ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Ob. cit., p. 69.

15 Vid. BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 385 y GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 344.

16 Expediente N° 2749-2007-3 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo en Cubas Villanueva 2009, p. 261.

17 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. Ob. cit., p. 74.

18 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 348.



finalmente, la complementación de la instrumentalidad de las formas con el de la finalidad de los actos procesales.

En nuestro Código Procesal Penal tenemos recogido este principio en el artículo 151 inciso 4 donde se consagra que la nulidad no podrá ser alegada por quien no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada.

También en el artículo 152 inciso 2 se ordena que el saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados.

4.3. Finalidad incumplible

El finalismo considera que los actos procesales no realizan fines por sí mismos sino que se dirigen a otro fin. Las nulidades adjetivas no pueden establecerse en beneficio de la ley, sino que su declaración debe derivar de un perjuicio.¹⁹

Según Liebman²⁰, este principio emerge del de instrumentalidad de las formas, que subordina la invalidez de un acto procesal, no a la simple inobservancia de la forma, sino a la relación entre el vicio y la finalidad del acto. Esto, por cuanto, el Derecho Procesal Civil es un derecho instrumental o adjetivo, o sea, que está al servicio del derecho sustantivo. La nulidad no se puede declarar porque sí, sino únicamente cuando se haya puesto en riesgo la defensa de la otra parte.

En tal sentido, la misión de las nulidades no es el aseguramiento por sí de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines de ellas confiados por la ley. Entonces, no es posible admitir que el proceso se estructure en forma tal que constituya una trampa en la cual naufrague el derecho material²¹

En ese derrotero, en el artículo 152 inciso 1 literal c) del Código Procesal Penal se consagra que, incluso si habiendo irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes, el vicio queda convalidado.

19 VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. 2002. "Principios y aplicación de la nulidad procesal". En *Revista Jurídica del Perú* (Editora Normas Legales), N° 33 - Año LII (abril), p. 169.

20 *Apud.* VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. Ob. cit., p. 169.

21 Casación N° 1204-96-LIMA *Vid.* página A-8 de Normas Legales, Tomo 267, de agosto de 1998.



Una manifestación de este principio lo encontramos en el artículo 25 donde se estipula que la incompetencia territorial no acarrea la nulidad de los actos procesales ya realizados.

Otro caso es el regulado en el inciso 3 del artículo 432 donde se dispone que los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad, para lo cual la Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.

4.4. Preclusión

Como es contraproducente que un sujeto pueda alegar nulidades en cualquier momento, usualmente la petición de nulidad queda limitada a un plazo para su evocación.

De conformidad con el inciso 3 del artículo 151 se tiene hasta 5 días desde conocido el defecto para alegar la nulidad relativa.

La preclusión también implica que concluida una fase no es viable que sea alcanzada por la nulidad cuando el defecto no se ha presentado en dicha etapa sino en otra. Por ello, es que en el numeral 2 del artículo 153 del Código Procesal Penal se ha dispuesto que bajo pretexto de renovación del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, no puede retrotraerse el proceso a períodos ya precluidos, salvo los casos expresamente previstos por el mismo Código.

Lo que se busca con ello es evitar que el saneamiento de la nulidad sea utilizado como un mecanismo de dilación indebida del proceso. El saneamiento en ningún caso podrá trascender a etapas procesales ya superadas.²²

Un ejemplo de esta situación lo encontramos en el artículo 433 referido al contenido de la sentencia casatoria, donde se afirma que si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso, siendo que la sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.

4.5. Conservación

En materia de nulidades, sean estas procesales o sustantivas, rigen, respectivamente dos directrices: *in favor processum* e *in favor actum*, en

22 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 351.



virtud de las cuales toda aplicación de técnica jurídica debe favorecer la continuación del proceso o la subsistencia del acto cuestionado.

Ciertamente, si recordamos las características de toda nulidad procesal, ella es excepcional, y su interpretación y aplicación es restringida.

Por el principio de conservación se considera que en caso de duda sobre la validez o invalidez del acto cuestionado debe estarse por la primera.

Como manifestación de tal principio tenemos la regulación del artículo 154 inciso 2 donde se dispone que los defectos deberán ser subsanados, siempre que sea posible, renovando el acto, rectificando su error o cumpliendo el acto omitido. Ello concuerda directamente con el artículo 153 inciso 1.

4.6. Subsanación

Partiendo de lo anterior, el operador jurídico debe laborar siempre a favor del acto cuestionado, y en caso de ubicar algún vicio que lo afecte, deberá optar, primero por intentar subsanar el defecto, para, en caso contrario, buscar la nulidad. En todo caso se debe intentar sanear el acto antes de declarar la nulidad de las actuaciones.²³

Hablamos de subsanación de la nulidad procesal cuando la reparación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución emitida o en las consecuencias del acto procesal.²⁴ La subsanación tiene su fundamento en que la observancia de las formas no es un simple rigor para entorpecer los procedimientos, así que no será viable alegarla con el solo propósito de dilatar el trámite del proceso o buscar reparar los efectos de un acto desfavorable.²⁵

Se ha afirmado que ello puede operar únicamente cuando no nos enfrentemos a supuestos de defectos absolutos.²⁶

En la doctrina se conoce que la subsanación puede darse por convalidación, en virtud de la cual los defectos formales de los actos pueden ser saneados por la voluntad de la parte perjudicada con el incumplimiento

23 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 386.

24 TICONA POSTIGO, Víctor. Ob. cit., p. 319.

25 ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Proceso Penal - Dec. Leg. N° 957*. Lima: Jurista Editores, p. 377.

26 Ver artículo 152. Extrañamente GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., 345 y 349 nos dicen que los actos afectados de nulidad absoluta no admiten convalidación alguna (pero una vez que haya sido declarada judicialmente su invalidez), para luego afirmar que la nulidad absoluta no admite convalidación alguna.



de una formalidad, debido a su carácter excepcional. Así, la voluntad consentidora puede manifestarse de modo expreso o también de modo tácito cuando la parte legitimada para pedir la nulidad no la deduce en el momento oportuno.

En el inciso 1, literal a) del artículo 152 se manda que los vicios quedarán convalidados cuando el Ministerio Público o los demás sujetos procesales no hayan solicitado oportunamente su saneamiento. En igual sentido, en el caso del artículo 152 inciso 1 literal b), tenemos que los vicios quedarán convalidados cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

La convalidación, a su vez, puede tener lugar por aquiescencia (o por consentimiento del litigante, lo que implica un comportamiento que demuestre que la parte está dispuesta a sufrir el efecto de un acto viciado, consintiendo el perjuicio irrogado con el vicio o defecto), por cumplimiento de la finalidad del acto²⁷ (un acto procesal será válido si, pese a haber incumplido un requisito formal, ha logrado su finalidad, aunque exista disposición legal que expresamente sancione su nulidad) y por preclusión procesal²⁸ (que se da cuando existe algún plazo para solicitar o decretar la nulidad).

Según lo dicho, bastaría agregar que para nuestro Código Procesal Penal parece existir una diferencia entre convalidación y saneamiento. La convalidación regularía los casos en que tácitamente los interesados no han alegado la nulidad. Entre tanto, el saneamiento sería el efecto de subsanar la nulidad, por ello, se dispone renovar el acto, rectificar el error o cumplir el acto omitido, sea de oficio o a instancia del interesado.

4.7. Protección

Por el principio de protección, cuando se deduce una nulidad, lo que se pretende es proteger los intereses jurídicos lesionados, por lo que no hay nulidad sin afectación de intereses.²⁹

27 En el artículo 152 inciso 1 literal c) se dispone que los vicios quedarán convalidados si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

28 En el artículo 151 se estipula que la solicitud de nulidad deberá ser interpuesta dentro del quinto día de conocido el defecto. Y no podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva.

29 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 349.



Este principio impone que la parte que solicita la nulidad no haya causado, propiciado o coadyuvado, con su conducta, a la materialización del acto irregular. Quien solicita la nulidad no puede ser quien haya dado lugar a la realización del acto nulo. Se basa en el antiguo brocardo referido a que *“nadie puede sacar provecho de su propio torpeza”*.

También por este principio se establece que la alegación de nulidad debe tender al amparo de un interés lesionado. No tendría razón jurídica la declaración al no afectar en nada el normal desarrollo de la litis.³⁰

En esa línea, en el artículo 151 inciso 4, se estipula que la nulidad no podrá ser alegada por quien la haya ocasionado, haya concurrido a causarla o no tenga interés en el cumplimiento de la disposición vulnerada.

4.8. Independencia

Respecto del tema de la extensión de los efectos de la nulidad se han tejido dos tesis adversas. La primera entiende, debido a la indivisibilidad del proceso, que se debe expandir al máximo la ampliación de la nulidad. Entre tanto, por la visión fragmentaria de los actos, la nulidad debería ser circunscrita solo al hecho agraviado.³¹

Entre nosotros, declarada la nulidad procesal, en ninguna forma afectará a los actos procesales que no tengan vinculación o nexo, es decir, a aquellos que sean autónomos de aquel que se nulifica.

Ciertamente, en el artículo 154 inciso 1, se dispone que la nulidad de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él. Para ello, el juzgador deberá explicitar los actos dependientes que quedan sin efecto.

Igualmente, en el inciso 3 del mismo artículo, se afirma que la declaración de nulidad conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo. Sin embargo, no se podrá retraer el proceso a etapas ya precluidas, salvo en los casos en que así correspondiere de acuerdo con las normas del recurso de apelación o de casación, siendo estos los únicos medios que permiten la regresión a la etapa culminada.³² Lo dicho se puede verificar en el artículo 425 donde se indi-

30 VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. Ob. cit., p. 171.

31 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 389.

32 CÁCERES JULCA, Roberto E.; Iparraguirre N., Ronald D. *Código Procesal Penal comentado - Decreto Legislativo N° 957 - Concordancias - Jurisprudencia - Índice Analítico*. 2008. Lima. Jurista Editores, p. 219.



ca que la sentencia de segunda instancia puede declarar la nulidad, en todo o en parte, de la sentencia apelada y disponer se remitan los autos al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar.

Algo similar fluye del inciso 4 del mismo artículo 154 donde se manda que la declaración de nulidad de actuaciones realizadas durante la Investigación Preparatoria, no importará la reapertura de esta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la etapa intermedia.

Indudablemente, el acto declarado nulo constituiría la ineliminable premisa lógica y jurídica de aquel sucesivo, de modo que, cayendo tal premisa, acabarían necesariamente caducados también los actos que le siguen; ergo, no es hacedera la nulidad de los actos antecedentes, dado que solamente es asequible la regresión del proceso al estado y grado en el cual se ha verificado la nulidad.³³

Como ejemplo tenemos que la nulidad del interrogatorio no determinaría la nulidad de la medida cautelar.³⁴

En nuestra codificación encontramos algunos artículos referidos explícitamente a los efectos de la nulidad, como por ejemplo, el artículo 275 donde se prescribe que el cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución. Y en los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

En la misma senda, en el artículo 278, referido a la apelación, se afirma que si la Sala declara la nulidad del auto de prisión preventiva, ordenará que el mismo u otro Juez dicte la resolución que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 271.

Un último ejemplo lo ubicamos en el artículo 434 que alude a los efectos de la anulación. Allí se dice que la anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial. Y si no han anulado todas las disposiciones

33 Cass. 212935/1999 en Botero Cardona, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 389.

34 Cass. 188688/1991 en Botero Cardona, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 389.



de la sentencia impugnada, esta tendrá valor de cosa juzgada en las partes que no tengan nexo esencial con la parte anulada. La Sala Penal de la Corte Suprema declarará en la parte resolutive de la sentencia casatoria, cuando ello sea necesario, qué partes de la sentencia impugnada adquieran ejecutoria.

4.9. Declaración judicial

El acto u omisión procesal, en esencia nulo, para ser así considerado, debe ser declarado por el órgano jurisdiccional judicial competente. En tal sentido, hasta las nulidades procesales de pleno derecho consagradas en los códigos procesales, para que revistan plena eficacia jurídica, necesitan de la correspondiente declaración de nulidad.³⁵

Sobre este principio, Redenti³⁶ nos dice que el pronunciamiento de nulidad parece destinado a declarar la certeza de que el acto era ya desde su origen y por sí mismo inepto para producir efectos procesales. Tiene más bien los caracteres de una simple constatación declarativa.

En un sistema basado en el principio de economía procesal, se asigna relevancia a la conservación de los actos imperfectos, por lo que un acto no perfectamente válido estaría en grado de producir efectos, incluso precarios, antes de la declaración nulificante.³⁷

Por su parte, Vécovi³⁸ afirma que, si bien el acto absolutamente nulo no debe producir efectos, de hecho los produce mientras no se hace efectiva la declaración judicial, con lo que queda plenamente establecida la necesidad de que en materia procesal resulte indispensable la declaración judicial.

En el artículo 150, al referirse a las nulidades absolutas, se alude a que no es necesaria la solicitud de parte, pero que podrán ser declaradas de oficio; con lo que se reafirma que toda nulidad procesal, incluso las denominadas absolutas, requieren de declaración judicial para dejarlas sin efecto y borrar todo atisbo de apariencia.

En el siguiente gráfico intentamos resumir lo dicho en este acápite.

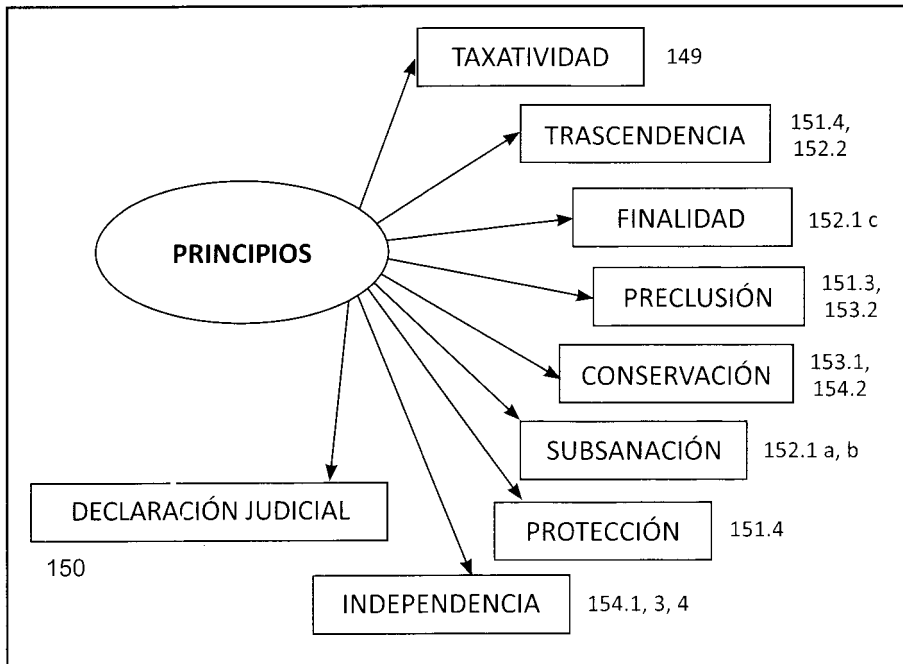
35 VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. Ob. cit., p. 173.

36 *Apud.* VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. Ob. cit., p. 174.

37 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 384.

38 *Apud.* VERA CACHO VÁSQUEZ, Guisseppi. Ob. cit., p. 174.

LOS PRINCIPIOS DE LA NULIDAD PROCESAL PENAL



FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA PARA EL PRESENTE ESTUDIO

5. CLASIFICACIÓN

En el tema de las nulidades podemos encontrar hasta cuatro clases de situaciones: Inexistencia, nulidad absoluta, nulidad intermedia, y nulidad relativa. Nuestro Código Procesal Penal divide las nulidades en absolutas y relativas.

5.1. Inexistencia

El acto inexistente no es propiamente un acto procesal sino que tiene la apariencia de él.

La inexistencia surge cuando se ha omitido algún requisito necesario para que el acto se manifieste.³⁹ Por ejemplo, recae en acto inexistente, la sentencia dictada por quien no tiene condición de juez.⁴⁰

39 RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen. Ob. cit., p. 46-47.

40 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 344.

5.2. Nulidad absoluta

A diferencia del acto inexistente, el acto nulo si es un acto procesal, pero viciado, que puede ser declarado sin valor o que, alternativamente, puede ser subsanado.

Se sancionan con nulidad absoluta las inobservancias más graves que, en términos genéricos, no son remediabiles.⁴¹ Para nosotros, son absolutas aquellas donde no es necesaria la solicitud de parte, por lo que pueden ser declaradas de oficio.⁴²

De conformidad con el artículo 150, la nulidad absoluta sanciona defectos graves referidos a la intervención, asistencia y representación del imputado o de la ausencia de su defensor en los casos en que es obligatoria su presencia (todo ello, porque no puede haber proceso sin imputado); al nombramiento, capacidad y constitución de Jueces o Salas⁴³, a la promoción de la acción penal, y a la participación del Ministerio Público en las actuaciones procesales que requieran su intervención obligatoria; y, por último, a la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución.

Un error que encontramos en nuestra codificación es que en el artículo 150 se prescribe que cuando estemos ante un caso de nulidad absoluta el juzgador podrá declarar de oficio la nulidad. Nos parece que concederle al juez la declaración de oficio de la nulidad como facultad es un contrasentido. A nuestro parecer se trata más bien de un deber judicial, pues no se olvide que la nulidad absoluta protege intereses públicos, lo cual guarda coherencia con el principio *iura novit curia*.⁴⁴ Recuérdese que es absoluta, porque su evaluación es de incumbencia *erga omnes*.⁴⁵

Una manifestación de la facultad de decretar *ex officio* la nulidad absoluta la ubicamos en el artículo 409 referido a la competencia del Tribunal Revisor, donde se dispone que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para

41 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 387.

42 Vid Artículo 150.

43 Vid Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura - Carpeta judicial N° 150-2007 en Villavicencio Ríos, Frezia Sissi y Víctor Raúl Reyes Alvarado. 2008. *El nuevo Código Procesal Penal en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica Editores e Instituto de Ciencia Procesal Pena, pp. 64-65.

44 Ver artículo VII del Código Procesal Civil

45 Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi y REYES ALVARADO, Víctor Raúl. Ob. cit., p. 66.



declarar la nulidad, pero en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Por ello mismo, la nulidad de oficio podrá ser señalada también por la parte.⁴⁶

Un ejemplo sería el referido a la nulidad de los actos procesales por notificación errónea al imputado.⁴⁷ Otro caso es el referido a que se no se encuentran presentes los testigos y peritos convocados al juicio oral, no es posible que se dé por instalada e iniciada la audiencia, salvo que se prescindiera de la prueba ofrecida.⁴⁸

Por último, como ya se adelantó, aunque rige el principio de taxatividad en materia de nulidades procesales, se debe tener presente que también en caso de que se violara una norma jurídica de carácter imperativo, el acto devendría en nulo, incluso cuando no estuviese previsto expresamente en la ley, estando ante un supuesto de nulidad absoluta, pero por una causal tácita o genérica.⁴⁹

Como ejemplo dentro de nuestra codificación tenemos al artículo 2 inciso 3, referido al Principio de oportunidad, donde se dispone que el Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. Realizada tal diligencia y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos; lo cual concuerda con el artículo 150 literal c.

Otro claro ejemplo es el regulado en el artículo 353 donde se enumera bajo sanción de nulidad el contenido del auto de enjuiciamiento, como son: el nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados; el delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias; los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias; la indicación de las partes constituidas en la causa; y la orden de

46 CÁCERES JULCA, Roberto E., IPARRAGUIRRE N., Ronald D. Ob. cit., p. 217.

47 Expediente N° 5234-2007-3 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo en Cubas Villanueva 2009, p. 260.

48 Sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura - Carpeta judicial N° 150-2007 en Villavicencio Ríos, Frezia Sissi y Víctor Raúl Reyes Alvarado. Ob. cit., p. 64-65.

49 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., p. 258.



remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral. Si se revisa a los ítems exigidos, guardan una estrecha correlación con los supuestos del artículo 150 referidos a la nulidad absoluta.

También, guardando vínculo con los literales a y c del artículo 150, tenemos como último ejemplo al artículo 372 inciso 2 donde, al regular la conclusión anticipada del juicio, se consagra que si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de 48, bajo sanción de nulidad del juicio.

5.3. Nulidad Intermedia

No recogida en nuestra legislación, la nulidad intermedia refiere las inobservancias de media gravedad que se caracterizan por ser relativas a una esfera más amplia de sujetos. Son relevables de oficio, pero siempre dentro de un plazo determinado, además de sanables.⁵⁰

5.4. Nulidad Relativa

Son nulidades relativas aquellas donde es indispensable la petición de parte para su declaración⁵¹ dentro de plazos relativamente cortos, y que se caracterizan por ser sanables.⁵²

Nuestro código, a diferencia de la nulidad absoluta, no enuncia las causales de nulidad relativa, por lo que deberá ser examinada y establecida en cada caso en particular.⁵³

Aquí se exige, en primer término, que el vicio no se refiera a uno de nulidad absoluta, siendo que el acto viciado es imperfecto o defectuoso, pero eficaz porque sigue surtiendo efectos mientras no sea declarada judicialmente su nulidad.⁵⁴ Por ello se exige que el sujeto procesal afectado solicite la nulidad, evidentemente cuando conozca el vicio.

50 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 388.

51 *Vid* Artículo 151 inciso 1.

52 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. Ob. cit., p. 388.

53 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 347.

54 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 349.



Para que opere la nulidad relativa, la solicitud no solamente deberá describir el defecto, sino que, complementariamente, deberá proponer la solución correspondiente.⁵⁵

La nulidad relativa no puede ser declarada de oficio debido a que el defecto del acto es de menor entidad, admite convalidación si no se insta de parte su nulidad, y porque, además, aparecen comprometidos aspectos particulares del interesado.⁵⁶

Dicha solicitud cuenta con el plazo de cinco días desde conocido el defecto para ser interpuesta⁵⁷ y nunca podrá ser alegada luego de la deliberación de la sentencia de primera instancia o, si se verifica en el juicio, luego de la deliberación de la sentencia de la instancia sucesiva.⁵⁸

Como ejemplo tenemos la situación regulada en el artículo 104 del Código adjetivo donde se dispone que el actor civil, sin perjuicio de los derechos que se le reconocen al agraviado, está facultado para deducir nulidad de actuados.

Un ejemplo adicional lo encontramos en el artículo 15 del Código adjetivo referido a la nulidad de transferencias, donde se manda que el Ministerio Público o el actor civil, según los casos, cuando corresponda aplicar lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal o cuando se trate de bienes sujetos a decomiso de conformidad con el artículo 102 del citado Código, que hubieran sido transferidos o gravados fraudulentamente, sin perjuicio de la anotación preventiva y/o de otra medida que corresponda, solicitarán en el mismo proceso penal la nulidad de dicha transferencia o gravamen recaído sobre el bien, para lo cual se formará un cuaderno. El Juez correrá traslado del requerimiento de nulidad al imputado, al adquirente y/o poseedor del bien cuestionado o a aquél en cuyo favor se gravó el bien; y con ello, el órgano jurisdiccional competente se pronunciará sobre la nulidad demandada.

6. CONCLUSIONES

Luego de lo dicho podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- La nulidad en el nuevo Código Procesal Penal ha sido regulada en la actividad procesal, por lo que se la concibe más como una sanción dentro del ámbito de la Teoría general de los actos procesales, que como un medio impugnatorio.

55 Vid Artículo 151 inciso 2.

56 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás et. al. Ob. cit., p. 348.

57 Vid Artículo 151 inciso 3.

58 Vid Artículo 151 inciso 4.



- La nulidad procesal regulada en el nuevo modelo acoge y se funda en los principios de taxatividad, trascendencia, finalidad, preclusión, conservación, subsanación, protección, independencia y declaración judicial.
- Nuestra codificación recoge los supuestos de nulidad absoluta y relativa diferenciándolos por la gravedad del vicio, la legitimidad para su alegación, y por sus tratamientos, obviando el acogimiento de la inexistencia y de la llamada nulidad intermedia.

7. LISTA DE REFERENCIAS

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. 1995. *Alcances sobre el tema de la nulidad procesal*. Vol. II, de *El debido proceso y la demanda civil*, de TICONA POSTIGO, Víctor. Lima. Editorial Rodhas.

BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. 2009. *El sistema procesal penal acusatorio –El justo proceso– Estructura y funcionamiento - Prospectiva de Italia para América Latina*. Lima. ARA Editores.

CÁCERES JULCA, Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D. 2008. *Código Procesal Penal comentado - Decreto Legislativo N° 957 - Concordancias - Jurisprudencia - Índice Analítico*. Lima. Jurista Editores.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. 2009. *El nuevo proceso penal peruano - Teoría y práctica de su implementación*. Lima. Palestra Editores.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. 2008. *El Código Procesal Penal - Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Lima: Jurista Editores e Instituto derecho y justicia.

MONROY GÁLVEZ, Juan. 1995. *Comentarios al código procesal civil*. Lima.

RODRÍGUEZ RUBIO, Carmen. 2009. *Los recursos en el proceso penal: evolución y propuestas de reforma*. Madrid. Editorial Dykinson.

ROSAS YATACO, Jorge. *Derecho Procesal Penal con aplicación al Nuevo Proceso Penal - Dec. Leg. N° 957*. Lima. Jurista Editores.

TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y comentario al código procesal civil*. 3ª edición. Vol. I. 1996. Lima. Editorial Grijley.

VERA CACHO VÁSQUEZ, Guiseppe. 2002. «Principios y aplicación de la nulidad procesal». *Revista Jurídica del Perú* (Editora Normas Legales), N° 33 - Año LII (abril): 165-177.

VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi y REYES ALVARADO, Víctor Raúl. 2008. *El nuevo código procesal penal en la jurisprudencia*. Lima. Gaceta Jurídica Editores e Instituto de Ciencia Procesal Penal.



SECCIÓN II
LA PRUEBA
TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 155. Actividad probatoria

1. *La actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código.*
2. *Las pruebas se admiten a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. El Juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley. Asimismo, podrá limitar los medios de prueba cuando resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución.*
3. *La Ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.*
4. *Los autos que decidan sobre la admisión de la prueba pueden ser objeto de reexamen por el Juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.*
5. *La actuación probatoria se realizará, en todo caso, teniendo en cuenta el estado físico y emocional de la víctima.*

Artículo 156. Objeto de prueba

1. *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.*
2. *No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.*
3. *Las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta.*

COMENTARIO:

PRECEPTOS GENERALES DE LA PRUEBA*

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

INTRODUCCIÓN

El trato que se le daba a la prueba, y lo relativo a ella, en el anterior proceso penal, era inorgánico, asistemático, y hasta deficiente en muchos casos. Luego de los frustrados intentos de reforma con el Código de 1991 y los proyectos de 1995 y 1997, ya urgía la entrada en vigencia de un cuerpo normativo que regulara la prueba, como institución en el proceso penal, con su parte general y especial. Sentimos que este objetivo es alcanzado con el Código Procesal Penal del 2004.

Sin embargo, el viraje que la reforma ha realizado, exige, para el logro de sus fines, un estudio de la comunidad académica sobre este tema, estimulando y apoyando el cambio esperado después de muchas décadas.

No pretendemos que el presente trabajo se constituya en un meticuloso estudio sobre la prueba, sino en una didáctica exposición de los aspectos novedosos que el Código Procesal Penal incorpora en nuestro sistema sobre ellas.

En ese sentido, observamos una fuerte influencia de legislaciones extranjeras, principalmente de la italiana y alemana. Pudiéndonos percatar que el legislador nacional no ha tenido una labor creadora en la elaboración del Código –cosa, por lo demás, no censurable *per se*–, sino de adecuación.

Si bien en el Perú tenemos una experiencia negativa, cuando de importar instituciones o normas legales se trata; esta vez notamos que hay mucho material interesante, recogido de varias fuentes; será la práctica judicial y el ejercicio forense los que determinarán sus bondades.

Lo cierto es que siempre habrá puntos en los que otras legislaciones traten mejor ciertos asuntos, *verbi gratia*, el Código chileno prevé un descanso al imputado cuando su declaración se prolongue demasiado. No obstante, nuestro nuevo Código muestra sus ventajas particulares; así, el Código de procedimiento penal colombiano permite excluir la prueba ilícita ya actua-

* Tomado del artículo: *Estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Penal*.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del Estudio Larriou & Larriou Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura.



da, mientras que el Código procesal peruano la excluye desde su obtención misma, no permitiendo su actuación (además, los colombianos no hacen mención alguna sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, institución de suma importancia constitucional).

Para alcanzar los fines de este trabajo, estudiaremos las instituciones procesales penales siguiendo el orden en el que aparecen en el nuevo Código. De esta forma, el trabajo se divide en cinco temas, que abarcan las siguientes materias: preceptos generales de la prueba, los medios de prueba, la búsqueda de prueba y restricción de derechos, la prueba anticipada y las medidas de protección (a los órganos de prueba).

Se desarrollará un contenido conceptual por cada institución, se comparará la forma cómo son tratadas en la legislación extranjera (Derecho comparado). Cuando sea preciso, se efectuarán las observaciones pertinentes, y la crítica de rigor.

Se espera que, concluidas las siguientes líneas, el lector esté enterado del reformulado trato de la prueba en el proceso penal. También, que pueda manejar fácilmente las nuevas categorías jurídicas creadas por el nuevo Código procesal penal. Y, finalmente, afianzar los conocimientos ya adquiridos con la casuística propuesta.

1. ESTUDIO PRELIMINAR

La estructura general de la sección relativa a la prueba sigue la metodología del Código de procedimientos penales italiano (C. de PP. it.); como éste, dividimos la sección en títulos –Preceptos generales, Medios de prueba, búsqueda de prueba. Aunque el nuevo Código procesal penal amplía los títulos; así, hay uno sobre prueba anticipada (esta es tratada como un título en el libro sobre indagaciones preliminares y audiencia preliminar) y otro sobre medidas de protección de los órganos de prueba–.

Con respecto a su contenido, este título también está fuertemente influenciado por la legislación italiana. Ello se nota muy claramente, por ejemplo, cuando se trata la admisibilidad de la prueba (155.2 NCPP y 190 C. de PP. it.), el objeto de prueba (156.1 NCPP y 187.1 C. de PP. it.), la exclusión de métodos o técnicas que afecten la libertad de autodeterminación del interrogado (157.3 NCPP y 64.2 y 188 C. de PP. it.), y el testimonio de referencia o indirecto.

Sin embargo, también observamos algunas influencias de la legislación chilena y alemana en la nuestra. Tenemos, por ejemplo, las convenciones probatorias (156.3, NCPP y 275 CPP. chi.), la valoración de la prueba (158, NCPP



y 297 CPP chi.) y la exclusión de la prueba obtenida con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona (institución de tanto desarrollo en el Derecho germánico).

Los modernos Códigos que siguen la tendencia acusatoria, reparan mucho en la licitud de la obtención de la prueba.

El Nuevo Código colombiano (CPP. col.), en este sentido, excluye la prueba directa o indirectamente obtenida con violación de las garantías procesales (23); pero, mantiene la posibilidad de una ulterior exclusión de pruebas ilícitas ya actuadas (360). Además, no menciona nada sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales. Visto ello, en este punto, nuestro Código procesal penal es mejor que el colombiano, porque excluye la prueba ilícita desde un principio, no permitiendo utilizar (“valorar”) esas pruebas.

2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E *IN DUBIO PRO REO*

La garantía constitucional de la presunción de inocencia, reconocida en el ordinal “e” del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, debe ser respetada durante todo el proceso. Por ello, el trato de inocencia es un punto trascendente de la reforma, aun cuando la persona sufra detención, su condena se encuentre en apelación, incluso si se advierte que la condena confirmada está indebidamente motivada. El mandato del artículo II.2 del Título Preliminar del nuevo Código procesal penal, es bastante categórico: “Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido”. Inclusión normativa necesaria en estados como el nuestro donde se trata muchas veces a ciudadanos como criminales incluso antes de haberse denunciado el supuesto delito a las autoridades.

La presunción de inocencia se mantendrá mientras no se demuestre lo contrario; debido a ello, si existe duda en el órgano jurisdiccional deberá absolverse. Al decir de Carnelutti, se “impone al juez que resuelva la duda acerca de un hecho determinado, en sentido desfavorable a la parte que tiene interés en afirmarlo”¹. La regla del *in dubio pro reo* exige que el magistrado resuelva en contra del Ministerio Público.²

1 CARNELLUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Vol. II, Buenos Aires, Ed. EJE, 1959, p. 108.

2 CAFFERATA NORES, José. *Temas de Derecho procesal penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 9.



3. EL DEBER DE OBJETIVIDAD FISCAL Y LA CARGA DE LA PRUEBA

El Titular de la acción penal es el Ministerio Público (inc. 4 del artículo 159 de la Constitución y artículo IV. 1 del T.P.)³, sin embargo, este encargo debe ser llevado de manera objetiva, indagando los hechos constitutivos del delito y los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (artículo IV.2 del T.P.), solo así será un verdadero defensor de la legalidad y de la sociedad.

En el Perú no ha existido mayor debate con respecto al principio de imparcialidad en el Ministerio Público, y desde siempre, la tarea del Ministerio Público en materia penal fue la del persecutor implacable, incluso con material probatorio que no tiene calidad indiciaria, por ello, el profesor y Fiscal Supremo *Pablo Sánchez Velarde*, aseveró que el respeto a los principios de legalidad, *imparcialidad*, y proporcionalidad serían un factor importante de la reforma del proceso penal⁴ y en especial del Ministerio Público.

El deber de la carga probatoria fiscal, ya no debe ser nunca más selectiva, su papel de defensor de la sociedad, implica una tarea de inclusión en su trabajo de recabar las pruebas de la inocencia del imputado.

Por otro lado, de existir una carga probatoria insuficiente de responsabilidad, debe acarrear consecuencias desfavorables para el Ministerio Público⁵, pues debe perder el proceso⁶ a favor de la absolución del imputado⁷.

-
- 3 En adelante, los artículos que se mencionen serán entendidos pertenecientes al Nuevo Código Procesal Penal, salvo expresión distinta.
 - 4 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Comentarios al Código Procesal Penal*. Importaciones y Distribuidora Editorial Moreno S.A. IDEMSA, Lima; 1994, p. 70.
 - 5 DEVIS ECHANDÍA. *Compendio de pruebas judiciales*. T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1984, p. 225. La carga, según COUTURE, es el "imperativo del propio interés de aquél que se halla gravado con la misma". COUTURE. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed. póstuma, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1988, p. 242. Expresa MICHELLI que "la carga agota su función en la determinación psicológica al obrar"; en: MICHELLI, *Curso de Derecho procesal civil*. Vol. I, Buenos Aires, Ed. EJE, 1970, págs. 270 y 271.
 - 6 ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires, ed. EJE, 1956, p. 15.
 - 7 Ya lo dijo el comité de Derechos Humanos, en su Comentario General 13 sobre el artículo 14 del Pacto Internacional, al sostener que "en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación, y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable, ver en Comentario General 13, párr. 7; en O'DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, auspiciado por la Fundación Friedrich Naumann, IIDH, Comisión Andina de Juristas, 2ª ed., 1989, p. 170.

La doctrina jurisprudencial ha expresado que la absolución es categórica si se advierte insuficiencia probatoria de cargo, inexistente⁸, incapaz e inocua⁹ para destruir la presunción de inocencia o *indubio pro reo*¹⁰ (duda razonable, insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia)¹¹.

4. INEFICACIA DE LA PRUEBA OBTENIDA CON VIOLACIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Tanto en el artículo VIII del T.P. del nuevo Código como en el artículo 159 del mismo, se aborda el tema de la prueba ilícita. De obtenerse o incorporarse pruebas sin respeto a un debido proceso, estas no deberán ser utilizadas ni valoradas por el juzgador. En el mismo sentido carecen de efecto legal las

-
- 8 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 10/07/1998. (Expediente N° 8519-97 Lima) en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 8, número 50, noviembre 2000, pp. 243-244. Sin embargo, es criticable esta jurisprudencia porque identifica la inexistencia de prueba de cargo con *in dubio pro reo*, lo que es errado ya que todo *in dubio* se sustenta en la falta de suficiencia probatoria, pero no toda insuficiencia genera duda, como en el presente caso que no existe prueba de cargo, el mismo que no puede generar duda al juzgador. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 29/03/2000. (R.N. N° 5165-99 Lambayeque en FRISANCHO APARICIO, Manuel. *“Jurisprudencia Penal”, Ejecutorias Supremas y Superiores 1998-2001*. Ed. Jurista, Lima, 2002, pp. 428 y ss., Sentencia de la Sala Penal de La Libertad, de fecha 16/04/1999, (Exp. N° 417-98 Trujillo) *“Jurisprudencia Penal”, t. I*, Ed. Normas Legales, 2003, Trujillo, pp. 466.
- 9 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 30-09-1999 (R.N. N° 2506-99 Lima), en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, número 60, septiembre 2003, pp. 301 y 302.
- 10 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 17-06-1999 (R.N. N° 959-99 Arequipa), en *Revista peruana de Doctrina y Jurisprudencia penal* 3. Ed. Grijley, 2002, Lima, pp. 547 y ss. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 05-07-1999 (Exp. R.N. N° 1415-99 Callao), en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2. Ed. Grijley, Lima, 2001, pp. 701-703. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 15/11/1999 (R.N. N° 3443-99 Lima) *Jurisprudencia penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 345. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 07/10/1999 (Exp. 2547-99) en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, número 57, julio 2003, pp. 276 y 277.
- 11 Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 08/06/1999 (Exp. R.N. N° 1398-99 Lima), en: *Jurisprudencia Penal: Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 353 y 355, Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 11/03/1998 (Exp. R.N. N° 6182-97 Huánuco); en: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia Procesal Penal*. Ed. Gaceta Jurídica. Lima, 1999. Sentencia de la Sala Penal de Lima de fecha 16/01/1998 (Expediente N° 035-97), pp. 367 y 368; en: ROJAS VARGAS, op. cit. Sentencia de la Sala Penal de Lima, de fecha 22/12/1997 (Exp. R.N. N° 18-97 Lima), pp. 371-372; en: ROJAS VARGAS, op. cit., pp. 373 y 375.

que hayan sido obtenidas directa o indirectamente con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Estas pruebas no pueden ser utilizadas por el Juez ni directa ni indirectamente.

Respecto a la primera, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado cuatro consideraciones para determinar cuándo existe violación al debido proceso¹²:

1. Que la irregularidad sea suficiente para comprometer el debido proceso. La regla general de exclusión cumple diversas funciones, además de desalentar a los investigadores de vulnerar el debido proceso, “como garantizar la integridad de la administración de justicia, la realización de la justicia en el caso concreto, el ejercicio del derecho de defensa, el respeto al Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas”.
2. Tener bien en claro cuál es el alcance del debido proceso, establecido por la Constitución (artículo 139.3 de la Const. peruana). En nuestro sistema, las normas al respecto se entienden ampliamente, alcanzando, incluso, la sede administrativa¹³.
3. Deben considerarse los fines del Derecho penal. No solamente existen las garantías a los procesados, sino también está “el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal”.
4. No se considera sobreentendida la exclusión del material probatorio por la simple redacción legal o constitucional, es imprescindible que la autoridad judicial lo declare así. Por eso, se le exige a ella la declaración en este sentido.

El contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es un concepto nuevo en nuestra legislación procesal penal, pero, de primera importancia para una lectura constitucional del mismo. El contenido esencial es el núcleo duro de los derechos fundamentales, que restringe su dis-

12 Sentencia SU-159 del 2002.

13 Ver el caso CHIRINOS (EXP. N° 2730-2006-PA/TC), donde el Tribunal Constitucional declaró haber nulidad en una sentencia del JNE, principalmente, y entre otras cosas, por violación del derecho al debido proceso del ciudadano, aun en sede administrativa.



ponibilidad frente a otros derechos fundamentales, dependiendo del caso concreto, teniendo como referencia a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Abad Yupanqui nos dice que: “El contenido esencial de un derecho fundamental es un ‘concepto jurídico indeterminado’, cuyo alcance y significado no puede fijarse de manera general, sino que ha de ser precisado en relación a cada derecho fundamental”¹⁴. Para permitir el adecuado funcionamiento de la sociedad, las limitaciones del contenido esencial, expresa Pietro Sanchiz, no solamente se las deben hacer determinar de los derechos fundamentales, sino también de otros bienes amparados por la Constitución¹⁵; por lo tanto, para la delimitación del contenido esencial, se debe valorar sistemáticamente la Constitución.

Existen varias teorías sobre el concepto del contenido esencial, la teoría absoluta, relativa y la institucional: a) La teoría absoluta predica la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso. El contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociado o debate. La teoría pone un límite respecto al derecho fundamental analizado en el caso concreto, y es que no se puede exceder de la disposición mínima que sería el núcleo duro. Esta posición es adoptada por Prieto Sanchiz, quien afirma que “solo la teoría absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria de los contenidos esenciales como garantía autónoma del derecho (...), aun cuando una disposición limitadora cuenta a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo esencial de un derecho”¹⁶. b) La teoría relativa concibe que el contenido esencial es aquella parte de un derecho que todavía queda en pie, una vez operada una limitación justificada o legítima. Se podría conducir a un sacrificio completo del derecho si la protección de un bien constitucional así lo recomendara, por ello, es indispensable entender la operatividad del principio de proporcionalidad. Por último, c) La teoría institucional entiende que ante una pugna de derechos fundamentales, el que, en el caso concreto, nos decidamos por uno de ellos no significa una pérdida de otro de los mismos, ya que, conforme afirma Peter Häberle: “El contenido y los límites de

14 ABAD YUPANQUI, Samuel B. *Límites respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales: estudio preliminar*. Themis, 21, segunda época, T. II, Lima, 1992, pág. 10.

15 PRIETO SANCHIZ, Luis: “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”. En *Pensamiento constitucional*, PUCP, Fondo Editorial, 2002, año VIII, N° 8, pág. 86.

16 PRIETO SANCHIZ, Luis. Ob. cit., p. 71.

los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental¹⁷.

En el límite de los derechos fundamentales, también la ley puede determinar el contenido esencial. Landa Arroyo, presidente del Tribunal Constitucional, enseña que la ley se presenta como la función legislativa de promoción y la realización de la dignidad instituida; esto permite asumir un concepto de ley que también pueda conformar y determinar el contenido esencial de la dignidad, cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando el contenido institucional de la dignidad¹⁸. Esto se aprecia cuando el artículo 2, numeral 24, literal f, de la Constitución dispone que no está permitida forma alguna de restricción a libertad personal, salvo los casos previstos por ella misma¹⁹.

De tal manera que, cuando en la obtención de fuentes y medios de prueba se ha violado –directa o indirectamente– el contenido esencial, la prueba es ineficaz, y no podrá ser utilizado por el Juez, ni directa ni indirectamente (artículo 159).

Bastarán algunos ejemplos para comprender mejor la clasificación de la prueba ilícita en forma directa o indirecta. Se habla de prueba ilícita directa cuando en una confesión esta se ha obtenido bajo tortura o coacción y se llama indirecta o *fruto del árbol envenenado* (doctrina desarrollada desde la primera mitad del s. XX por la jurisprudencia constitucional estadounidense), en los casos en que la droga es localizada en la maleta de una persona durante el registro de aduana, empero el conocimiento de que, en dicha maleta, se llevaba droga se ha obtenido como consecuencia de una interceptación telefónica practicada sin autorización judicial.

La etapa de investigación, encargada al Ministerio Público, ha sido diseñada para la búsqueda de la verdad material, de entrada se debe comprender que esta ya no se entiende como fin absoluto, sino, antes bien, es un ideal genérico de alcanzar, como valor positivo de la sentencia final, que se relaciona y

17 HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Ed. PUCP, Lima, 1997, pág. 109.

18 LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Ed. Palestra, Lima, 2006, págs. 33 y 34. También YUPANQUI, Abad. Op. cit., pág. 11.

19 De la misma manera, el artículo 2, num. 24, lit. g, tratándose del derecho a no ser inco-municado, precisa que solo puede privarse a una persona de este derecho en caso de ser indispensable para el esclarecimiento de un delito, en la forma y tiempo previsto por la ley.

coexiste con otras funciones del procedimiento –en especial: La protección de la dignidad individual y los valores reconocidos a la persona–, y que, retrocede frente a valores que, para su orden jurídico, resultan superiores en rango²⁰. Por ello, Claus Roxin, manifiesta que no es un principio de la ordenanza procesal penal que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio²¹.

Sin embargo, no hay que perder de vista que tal como está normado en el artículo VIII.2 del Título Preliminar, cualquier violación al derecho fundamental de la persona no hace que la prueba sea ilícita, esta afectación debe ser a su contenido esencial, de lo contrario la prueba tendrá utilidad y eficacia legal, siempre y cuando, claro esta, se haya obtenido e incorporado respetando el debido proceso, porque de ello depende su validez.

En la doctrina jurisprudencial se han resaltado un buen número de teorías que se muestran como excepciones a la regla de exclusión de la prueba ilícita, tales como la teoría del descubrimiento inevitable, fuente independiente, buena fe, ámbito jurídico, charola de plata, tinte indeleble (o del vínculo atenuado), supresión del nexo causal, entre otros. Todos con el fin de evitar que las pruebas ilícitas que demuestren la responsabilidad del imputado sean excluidas del proceso.

Desarrollando brevemente las principales teorías:

- a) Teoría de la fuente independiente. Se puede llegar a la fuente de prueba por medios probatorios legales presentes. Aun suprimiendo hipotética-

20 MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. T. I (Fundamentos), 2ª ed. Editores Del Puerto S.R.L. 1996, Buenos Aires, p. 869 y ss. GUARIGLIA, Fabricio, por su parte, expresa que, desde hace ya tiempo, la reconstrucción de la verdad histórica o, simplemente, la búsqueda de la verdad, no es concebida como un valor absoluto dentro del procedimiento penal, sino que por el contrario, se erigen frente a ella determinadas barreras que el Estado no puede franquear. De este modo, existen ciertos hechos que sustraen a la investigación de los órganos del Estado, y que escapan a la valoración de los tribunales: ellos constituyen las llamadas prohibiciones probatorias. ("Las Prohibiciones Probatorias", en: *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Análisis Crítico)*, Pról. de Julio B. J. Maier, Editores Del Puerto S.R.L. Buenos Aires, 1993. pp. 15 y ss.). SAN MARTÍN CASTRO, César, al hablarnos de la prueba ilegalmente obtenida, nos hace referencia a dos puntos importantes: La prohibición de practicar la prueba (por ejemplo: prohibición de temas probatorios como el secreto oficial; la prohibición de medios de prueba como el testimonio secreto o, como los facultativos; la prohibición de métodos probatorios como la coerción y la prohibición condicional de la prueba como el allanamiento domiciliario) y, la prohibición de utilizar la prueba (por ejemplo: cuando el acto de prueba es desfavorable para el titular de la garantía, la autoridad judicial debe declarar su ineficacia procesal, más aun, cuando esta viole derechos fundamentales).

21 MAIER. Ob. cit.



mente el acto viciado (digamos, la confesión bajo tormentos del lugar donde se encuentra el arma homicida), se puede igualmente llegar a sus consecuencias (en el ejemplo, obtención del arma) por vías legales (testigo que declare haber visto el lugar de ocultación)²².

- b) Teoría del descubrimiento inevitable. Es derivada de la fuente independiente. Se aplica cuando las consecuencias del acto irregular se hubieran obtenido por otros caminos que indefectiblemente se hubiesen presentado²³. En la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, tenemos el caso NIX vs. WILLIAMS²⁴, en el que se admitió la evidencia, el cuerpo de la víctima, obtenida mediante una confesión ilícita (no obstante haberse excluido la confesión misma), ya que se estaba haciendo una exhaustiva búsqueda, la que hubiera hallado el cadáver con toda seguridad.
- c) Teoría del vínculo atenuado o de la tinta indeleble. Las posteriores actuaciones, derivadas de la ilícita, van perdiendo relación con aquella, la propagación del vicio se atenúa o diluye por completo. Nuevamente, revisando la jurisprudencia estadounidense, encontramos los casos WONG vs. U.S.²⁵ y U.S. vs. CECCOLINI²⁶. En el primero vemos cómo una persona arrestada ilegalmente es puesta en libertad, luego de lo cual se presenta voluntariamente a confesar los hechos. En el otro caso (U.S. vs. CECCOLINI), es tomada la declaración de un testigo, pese a que la información que lo relaciona con los hechos investigados había sido obtenida mediante un allanamiento ilegal, porque es brindada libre y espontáneamente por él.

El artículo VIII.3 del Título Preliminar, ha incorporado una excepción a la regla de exclusión, esto es de existir inobservancia a una garantía constitucional en la búsqueda de pruebas por un particular, si esta es a su favor, la garantía no puede aplicarse en su perjuicio, por cuanto la garantía se ha creado a su favor no en su contra, más aún cuando no existe nulidad por la nulidad misma.

De entrada en nuestra legislación se ha delimitado cuáles son los casos donde no se permiten excepciones a esta exclusión, esto es, cuando la prueba se haya obtenido con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

22 HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal*. Had-hoc Editor. Buenos Aires, 2002, p. 67.

23 HAIRABEDIÁN. Op. cit., p. 73.

24 467 U.S. 431 (1984).

25 371 U.S. 471 (1983).

26 435 U.S. 268 (1978).



5. LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y SUS DIFERENCIAS CON LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

El artículo 155 desarrolla la actividad probatoria, la misma que se rige por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por el mismo Código.

La actividad probatoria es el conjunto de manifestaciones de voluntad, de conocimiento o de razonamiento que proceden de los sujetos procesales, normadas por la ley, y que tienden a producir un estado de certeza o de admisión de una objetiva probabilidad del hecho que constituye su objeto, así como de sus consecuencias. Es la concatenación dinámica, compleja, coherente, de actos procesales (tanto prejurisdiccionales como jurisdiccionales) de acopio de medios probatorios y de libre valoración de los mismos.

Vicente Gimeno Sendra plantea que los actos de prueba deben referirse a la actividad de los sujetos procesales, dirigida a obtener la convicción del Juez o Tribunal sobre la preexistencia de los hechos afirmados por las partes, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia del principio de contradicción y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad, e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba²⁷.

En nuestra normativa es muy clara la distinción entre actos de prueba y los de investigación (ver el artículo IV.3 del T.P.), ya que este último no tiene carácter jurisdiccional.

El profesor Ortells Ramos nos detalla y esquematiza las diferencias entre actos de investigación y actos de prueba²⁸:

- a) El acto de investigación forma parte de la investigación judicial y sirve a sus funciones, mientras el acto de prueba se integra en el juicio oral y sirve al fin de éste.
- b) La eficacia de los actos de investigación permiten proveer el fundamento necesario para dictar resoluciones sobre medidas cautelares, peticiones, incidentes, archivo o apertura del juicio oral. La eficacia de los actos de prueba es la de servir de fundamento a la sentencia.
- c) Otra diferencia se centra en la calidad de las resoluciones judiciales que se funda en los actos de investigación y en los actos de prueba. Las

27 GIMENO SENDRA, Vicente, y otros. *Derecho Procesal*. T. II. El Proceso Penal, 3ª ed., Editorial Trant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 443.

28 ORTELLS RAMOS, Manuel, con MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*. T. III, Bosch, 1994, cit., p. 151.



proferidas respecto a las medidas cautelares o la de apertura del juicio oral (auto de enjuiciamiento) no precisan que la autoridad judicial penal tenga convicción de la responsabilidad 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 existencia de estos principios disminuye.

Los actos de investigación no pueden, por regla general, tener la eficacia jurídica de actos de prueba salvo que aquellas no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

El principio de aportación de parte permite una mejor separación de funciones de la tarea fiscal, la defensora y la jurisdiccional (artículo 155.2). Solo por excepción legalmente establecida se admitirán pruebas de oficio.

6. EL OBJETO DE LA PRUEBA Y LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

El objeto de prueba es aquello susceptible de ser probado, y sobre lo que debe o puede recaer la prueba. Es el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. Para Florencio Mixán Mass, es todo aquello sobre lo cual es necesario y admisible que incida la actividad probatoria. Es aquello que requiere ser averiguado y demostrado.

Según Eugenio Florián, objeto de prueba, es lo que hay que determinar en el proceso, es el tema a probar: *thema probandum*, y consiste en la cosa, circunstancia o acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso. Este autor señala que se puede considerar como objeto de prueba, ya sea, la posibilidad abstracta de investigación, es decir, lo que se puede probar en términos generales (objeto de prueba en abstracto); o ya sea, la posibilidad concreta de investigación, es decir, aquello que se prueba o se debe o puede probar en relación con un determinado proceso (objeto de prueba en concreto)²⁹.

29 FLORIÁN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal Penal*. Barcelona. Editorial Bosh, 1931, págs. 308 y 309. El tema admite ser considerado en abstracto o en concreto. Desde el primer punto de vista se examinará qué es lo que puede ser probado en cualquier proceso penal; desde la segunda óptica se considerará qué es lo que se debe probar en un proceso determinado. a) *Consideración en abstracto*. La prueba puede recaer sobre hechos natu-

Hay discusión sobre lo que puede ser considerado objeto de prueba; de ahí que se afirme que el objeto de prueba no se debe limitar o coincidir con el aspecto fáctico del objeto procesal, sino integrarse con una serie de datos que rodean al hecho básico que se pretende jurídicamente relevante, datos que conducen a confirmar o a descalificar la alegación de las partes. Genéricamente esos datos se exhiben como acontecimientos del mundo exterior, personas en sus manifestaciones físicas o psíquicas, cosas, lugares, resultados de la experiencia, juicios inherentes a las cosas, derecho no vigente, etc. y todo lo que en general constituye objeto de prueba.

Por ello, el artículo 156.1, entiende que 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.

En cambio, el artículo 156.2 establece que no son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las leyes naturales, las normas jurídicas internas vigentes, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio.

6.1. Las máximas de la experiencia

Son datos de hecho desde el punto de vista probatorio, por cuanto existen en el resultado obtenido como consecuencia del común modo de

rales (v. gr., caída de un rayo) o humanos, físicos (v. gr., una lesión) o psíquicos (v. gr., la intención homicida). También sobre la existencia y cualidades de personas (v. gr., nacimiento, edad, etc.), cosas y lugares. Se podrá intentar probar también las normas de la experiencia (v. gr., usos y costumbres comerciales y financieros) y el derecho no vigente (v. gr., normas jurídicas extranjeras que fundamentan un pedido de extradición). En cambio, no serán objeto de prueba los hechos notorios (v. gr., quién es el actual Presidente de la Nación), ni los evidentes (v. gr., que una persona que camina y habla está viva), salvo que sean controvertidos razonablemente; tampoco la existencia del derecho positivo vigente, ni aquellos temas sobre los cuales las leyes prohíben hacer prueba (v. gr., la verdad de la injuria).

b) Consideración en concreto. En un proceso penal determinado, la prueba deberá versar sobre la existencia del "hecho delictuoso" y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a "Individualizar a sus autores, cómplices o instigadores", verificando su "edad, educación, costumbres, condición de vida, medios de subsistencia y antecedentes; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad". Estos aspectos necesariamente deberá ser objeto de prueba, aun cuando no haya controversia sobre ellos, salvo casos excepcionales se hubiese entablado la acción resarcitoria, la prueba recaerá no solo sobre la existencia y extensión del daño, sino, además, sobre la concurrencia de las situaciones que generen la responsabilidad civil del imputado o del tercero civilmente demandado, o restrinjan sus alcances.

ser y obrar de las personas o cosas. Se trata de verdaderas máximas o normas de conducta que el grupo va aceptando en base a la convivencia práctica y las costumbres. Stein, citado por Eugenio Florián³⁰, señala que son definiciones o sentencias hipotéticas de contenido general, independientes del caso concreto que se ha de juzgar en el proceso y de sus elementos particulares, que son producto de la experiencia, y poseen en principio una validez general, por lo cual son independientes de los casos particulares.

El problema que se plantea es el del conocimiento y aceptación general del principio o máxima de la experiencia, y si en ciertos casos podría ser necesario probar tal principio o máxima. La doctrina argentina admite que una máxima de la experiencia puede ser objeto de prueba cuando es compleja o controvertida. Por su parte, la doctrina alemana considera que el Juez, por ignorar el principio de la experiencia, puede recurrir a un perito. De esta forma, la prueba no se dirigirá al principio de la experiencia sino a la cosa que debe apreciarse con arreglo al mismo.

Por ello de manera amplia e inacabable deberá estar atento el magistrado a las reglas de la experiencia. Para demostrar lo complejo del trabajo valorativo a partir de las reglas de la experiencia ofrecemos un par de ejemplos, en un caso concreto de desventaja probatoria sobre violación de la libertad laboral, se exigirá apreciar la regla de la experiencia sobre los problemas de probanza del trabajador relacionados a los términos de la relación laboral, considerando que se encuentra en desventaja respecto del empleador, ya que éste maneja información a la que el trabajador no tiene acceso³¹.

30 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. T. I, 2ª ed., Editorial Temis, Bogotá, 1976, pp. 113 y 114.

31 PAREDES PALACIOS, Paúl. *Prueba y presunciones en el Proceso Laboral*, ARA Editores, 1ª ed., 1997, p. 194. Los efectos de esta regla de la experiencia han sido legislados en el Derecho procesal laboral: ver artículo 40 de la Ley 26636 de fecha 14-06-96, Ley Procesal de Trabajo. CARNELUTTI. *La Prueba civil*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, pp. 64 y 65. STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del Juez*, tr. de Andrés de la Oliva Santos, Edit. Temis, Bogotá, 1988, p. 57. CARNELUTTI. *La prueba civil*, op. cit., pp. 63 y 64. En materia procesal penal el profesor Claus Roxin, ha expresado que el juez no puede basar su convicción de condena "(...) en reglas de la experiencia que no sean fundables objetivamente (BGH JR 83, 83; NStZ 88, 236). Así, p. ej., las relaciones personales del acusado con un testigo no son suficientes para desde un principio, negarle todo valor probatorio a esa declaración (BGH StrV 94, 173, con otras informaciones). Tampoco las mentiras del acusado prueban, sin más razón, su culpabilidad, ya que no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras (BGH StrV 85,



En el mismo caso, para apreciar el monto del perjuicio en el caso de una reparación civil, producto de aquella dificultad probatoria, se podrá apelar a otra regla de la experiencia³², de carácter laboral, que se refiere a la relación proporcional existente entre la categoría ostentada y la remuneración que percibía; de ser mayor la categoría, debe ser también mayor la remuneración percibida y viceversa³³.

6.2. Las leyes naturales

Son reglas de conducta basadas en la naturaleza misma del hombre y la sociedad, por lo que no necesitan probarse.

Según la doctrina, el derecho natural tiene fuerza obligatoria, por cuanto, en primer lugar, se dirige al legislador, a quien le sirve de inspiración para las normas que ha de dictar; y, en segundo lugar, porque constituye un orden jurídico verdaderamente distinto, que predomina sobre el derecho positivo, deslegitimándolo cuando es contrario a él³⁴.

6.3. La norma jurídica interna vigente

Es el derecho positivo, el derecho vigente en una colectividad determinada, y, por tanto, el conjunto de reglas impuestas a los miembros de dicha comunidad, cuya obligatoriedad se ve apoyada por el *ius coertio* que le es inherente.

Como norma que regula la conducta social no puede ser objeto de prueba, por cuanto su efecto y fuerza obligatoria es actual. Es más, dicha conducta social es delineada y modelada por el derecho vigente.

356). De la comprobación de haber participado en un hecho no se puede inferir, sin más, la participación en otro (Zweibrucken StrV 85, 358). La nueva jurisprudencia del BGH acentúa en medida creciente, con razón, este componente objetivo de la formación de la convicción, a cuya función de control –comparada con la convicción subjetiva de la época anterior– no se puede renunciar...". *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 104.

32 El juez necesita las máximas de la experiencia y, por consiguiente, el dictamen de un perito, en tres ocasiones: en la valoración de los medios de prueba, en la valoración de los indicios y en la subsunción de los hechos en el precepto jurídico; ver Friedrich Stein. Op. cit., pp. 76 y 77.

33 De donde el cambio de denominación en el cargo (en el caso de mi defendida por ejemplo: de asistente de Gerente General a Gerente General Adjunta), manteniendo las mismas labores, no debería significar una rebaja en la categoría y en la remuneración. Ver Cas. N° 441-2002 Lima, de fecha 12-12-02, publicado en *El Peruano* de fecha 30-05-03 y en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 58, julio del 2003, pp. 197 a 200.

34 DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. 3ª ed., Editora Humboldt S.A., Lima, 1983, p. 170.

En cambio, cuando se presentan problemas de vigencia temporal de leyes, de aplicación territorial, casos de sucesión o cuando se discute alguna cuestión de derecho penal internacional, la norma jurídica se constituye en objeto de prueba. Asimismo, puede ser objeto de prueba la norma jurídica interna no vigente.

6.4. La cosa juzgada

Según Vincenzo Manzini, la cosa juzgada penal, en el caso concreto, es una autoridad absoluta, equivalente a la de la ley misma. Por eso se suele decir que el fallo penal *faciat ius erga omnes* (hace derecho frente a todos)³⁵.

Uno de los efectos inherentes a la fuerza preclusiva de la autoridad de cosa juzgada, es lo que se conoce como *ne bis in idem* (no dos veces sobre lo mismo). La aplicación de esta regla requiere de tres supuestos: que se trate de la misma pretensión punitiva (*cadem causa petendi*, la misma causa a pedir); que haya identidad del hecho sobre el que decide la sentencia (la misma cosa); y que haya identidad de persona (la misma persona).

6.5. Lo imposible

Es lo que materialmente no puede suceder o no puede hacerse. Desde el punto de vista jurídico, lo imposible comprende tanto lo no realizable materialmente, como lo no realizable por prohibición expresa de la ley debido a razones de orden público o de buenas costumbres. Existe pues, una imposibilidad de hecho o natural, y una imposibilidad de derecho o legal³⁶.

6.6. Lo notorio

Como muy bien señala Vincenzo Manzini, es lógico que solo constituyan objeto de prueba los hechos que puedan dar lugar a duda, o sea que exijan una comprobación.

Se entiende por hecho notorio aquél que es de conocimiento de todos cuantos viven en determinado grupo social, en un lugar y tiempo determinados, pues forma parte de la cultura y la convivencia de dicho medio

35 MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho procesal penal*. T. IV. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 521.

36 CABANELAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho usual*. T. II. Bibliografía Omeba, Argentina, 1968.



social. Lo notorio es aquella cualidad del hecho que lo hace ser conocido por el tipo medio de hombre perteneciente a cierto ámbito social, y por eso, dotado de cierta cultura, la que hay que suponer también en el juzgado. Forma parte del bagaje de patrones y valores, social y culturalmente transmitidos, del juzgador, y debe ser considerado de modo semejante, en cuanto sea posible, que las normas jurídicas.

Sin embargo, la notoriedad es un conjunto relativo, pues no cabe estimarla como equivalente a generalidad, ya que un hecho puede ser notorio sin ser conocido o aceptado por todos los hombres. De ahí que en la actualidad se tome con reserva el carácter absoluto del adagio *notoria non egent probatione*. En tal sentido, Eugenio Florián, afirma que la notoriedad no se exonera por sí misma de probar los hechos a los que se vincula; pero sí podrá eximir de prueba cuando una vez planteada como objeto de controversia en el proceso la cuestión de su existencia, no surjan discusiones al respecto. Este autor considera que hecho notorio es un acontecimiento cuyo conocimiento es generalizado o está en el recuerdo o tradición de amplios sectores sociales. Por ejemplo: un terremoto, un alud, un siniestro, o una huelga, un duelo judicial, etc.

La norma expresa correctamente que dichos hechos serán valorados como hechos notorios (artículo 156.3), aun cuando no sean desde una perspectiva técnica verdaderos hechos notorios.

El artículo 156.3 señala que las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio, de lo que se dejará acta. A este acuerdo se le denomina convención probatoria, la misma que hará: i) que la actuación probatoria se derive en hechos indiscutibles por las partes, ii) evitar, por ende, pérdida de tiempo y desgaste en el trabajo de juzgamiento, iii) de entrada, limitar que el hecho discutido se pueda variar.

Los hechos notorios producto de convención probatoria deben ser hechos de alguna manera relevantes y útiles en la estrategia del litigio para ambas partes, de interés común.

Este tipo de convención probatoria, es necesario reconocerlo, no podrá llevarse a cabo, si las partes no descubren sus hechos³⁷ y los medios de prueba que se necesitara para acreditarlos (ver artículo 350.2 y 352.6).

37 El descubrimiento de prueba es toda una institución muy estudiada en el sistema norteamericano. Ver, CHIESA APONTE, Ernesto L. *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*. Vol. III, Editorial Forum, 1995, pp. 227 a 250.



La intensidad de la participación de las partes y su profesionalismo en este tipo de acuerdo será de suma importancia para el desenlace del juicio, ya que de probarse ocultamiento en los mismos, el Juez podrá incluso resolver su inutilidad en el juicio oral. El debido proceso debe ser garantizado en las convenciones probatorias.

7. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PROBATORIA E INUTILIDAD DE MÉTODOS O TÉCNICAS PARA INFLUIR EN LA LIBERTAD DE LA PERSONA

Los medios de prueba son establecidos por ley para el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Constituyen un nexo de unión entre el objeto a probarse y el conocimiento que el juzgador adquirirá sobre ese objeto. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente fuera del proceso penetre en él para ser conocido por el tribunal y las partes, con respeto del derecho de defensa de estas.

Mucho mérito en la concepción de la regulación de la prueba en el nuevo Código tuvo el maestro Florencio Mixán Mass, quien, con su experiencia y capacidad, introdujo el articulado referente a la prueba en el Proyecto Alternativo de octubre de 1990, elaborado por el Comité Consultivo³⁸, documento que sirvió de base para los trabajos de la Comisión Revisora, la misma que terminó por adoptar el trabajo de la primera.

El artículo 157 describe el principio de la libertad y legalidad de los medios de prueba. Punto resaltante de esta norma es la que se dedica a los métodos prohibidos de obtención de la declaración de la persona, bajo sanción de inutilidad. Su incorporación en los preceptos generales de la prueba significa su utilización para cualquier tipo de prueba oral, sea declaración del imputado o de testigo.

Aunque existen muchos métodos y técnicas para influir en la declaración de la persona, existen casos especiales en los que tal influencia abarca su autodeterminación, incluso la alteración de su capacidad de recordar o valorar hechos.

Por ejemplo, existen métodos y técnicas psicológicas que pueden agruparse en tres categorías, según que consistan en provocar en el sujeto que se ha de examinar una considerable *disminución del control consciente de sí mismo*, de suerte que se le disminuyan las facultades de autodefensa (p.e.: el

38 El Comité Consultivo fue nombrado por Resolución Ministerial N° 994-90-JUS, y estuvo integrado por los Dres. Florencio Mixán Mass (quien lo presidió), César San Martín Castro, Germán Small Arana y Alberto Armas Bengleri.



narcoanálisis); o que tiendan a controlar pura y simplemente la verdad de las declaraciones del sujeto, aprovechándose de sus reacciones psicológicas ante estímulos psíquicos (p.e.: el polígrafo); o que se valgan de fenómenos asociativos, expresamente provocados con palabras estímulo, a fin de deducir conclusiones que sirvan de indicios (p.e.: diagnóstico judicial con el método de la asociación). Éstos son, en síntesis, los métodos más importantes de psicodiagnóstico que tienen interés en el campo de las investigaciones judiciales.

En la doctrina es muy agitada la discusión con respecto a la utilización del polígrafo, ya que se entiende que su ejecución puede realizarse con aceptación libre del analizado; sin embargo, nuestra actual legislación prohíbe la utilización de este método, incluso habiendo existido tal consentimiento.

8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Superada la idea de valoración con criterio de conciencia, se entiende hoy que el Juez debe ser respetuoso del sistema que contiene las reglas de la sana crítica, de la valoración razonada de la prueba y la libre valoración de la prueba, lo que significa un avance en nuestra forma de valorar prueba. Debe notarse que el cambio es de lo más trascendente, aunque no haya descrito el legislador de manera expresa el sistema actual adoptado³⁹.

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, pero exige, a diferencia de lo que ocurre en aquél, que las conclusiones a que se lleguen sean el fruto racional de las pruebas en las que se las apoye, que se fundamenten los fallos. Claro que si bien el Juez, en este sistema, no tiene reglas que limiten sus posibilidades de convencerse y goza de las más amplias facultades al respecto, su libertad tiene un límite infranqueable: el respeto de las normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano. La libre convicción se caracteriza, entonces, por la posibilidad de que el Magistrado logre sus conclusiones sobre los hechos de la causa valorando la prueba con total libertad, pero respetando, al hacerlo, los principios de la recta razón, es decir, las normas de la lógica, de la

39 Con buen criterio, el legislador en el artículo 158 ha decidido suprimir el criterio de conciencia para valorar las pruebas en un juicio penal, el mismo que se mantenía siguiendo una tradición legislativa en el Perú —dado que desde el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1920 (artículo 268), como el Código de Procedimientos Penales de 1940 (artículo 283) y el CPP'91 (artículo 193), acogían este criterio—, manteniendo el imperativo judicial de observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia al momento de la valoración de la prueba y los hechos.



psicología y de la experiencia común⁴⁰. La otra característica de este sistema es la necesidad de motivar las resoluciones, o sea, la obligación impuesta a los jueces de proporcionar las razones de su convencimiento, demostrando el nexo racional entre las afirmaciones o negaciones a que llegó y los elementos de prueba utilizados para alcanzarlas. Esto requiere la concurrencia de dos operaciones intelectuales: La descripción del elemento probatorio (v. gr., el testigo dijo tal o cual cosa) y su valoración crítica, tendiente a evidenciar su idoneidad para fundar la conclusión que en él se apoya. Se combinan, así, las exigencias políticas y jurídicas, relativas a la motivación de las resoluciones jurídicas, con las mejores posibilidades de descubrir la verdad sin cortapisas legales, mediante el caudal probatorio recogido en el proceso.

Han sido el francés Gorphe⁴¹ y el uruguayo Couture⁴², quienes se han preocupado de ponderar la importancia y la originalidad del sistema probatorio de la libre convicción o de la sana crítica, cuyas excelencias, expresan, son indiscutibles.

¿Qué debemos entender por “reglas de la sana crítica? Couture, tras afirmar que son a la vez expresión de ciencia y de experiencia, las define como “reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”⁴³.

Por ello consideramos que estas reglas nos sirven de manera positiva para generar convicción y negativa para eliminar cualquier elemento no deseado de la prueba.

Respaldamos por completo lo afirmado por Niceto Alcalá, quien expresa que el mayor mal que atenta contra un sistema es su propia perfección, ya que solo se puede entregar en manos de gente experta⁴⁴, y es que, en efecto, es

40 Es interesante, respecto de la libre convicción, la obra de: GERHARD, Walter. *Libre Apreciación de la Prueba* (Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial). Edit. Temis, Bogotá, 1985.

41 GORPHE, Francois, *La Crítica del Testimonio*, traducción de RUIZ FUNES, Madrid, 1934, p. 34.

42 COUTURE, Eduardo J. *Las reglas de la sana crítica en la apreciación de las prueba testimonial*. Montevideo, 1941, p. 19 y 21.

43 *Ibidem*. También revisar ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (hijo); *Derecho Procesal Penal*. T. III; Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, s/f., p. 51 y 52. Nota. El 1° es Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, Profesor de Derecho Procesal Penal del Instituto de Criminología de la Plata; El 2° es Secretario de la Justicia del Crimen de la Capital, Miembro Titular de la Sociedad Argentina de Criminología.

44 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE, Ricardo (hijo), op. cit., p. 52.



necesario entender y aprender siempre constantemente, evolucionar e incluir en nuestro razonamiento las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia. Es justo para valorar la prueba que se necesiten de las ciencias auxiliares del conocimiento jurídico, que son prácticamente el conocimiento humano. Ingente trabajo encargado al juzgador, conocer lo humano.

El Juez deberá valorar las pruebas aplicando los principios lógicos de la sana crítica⁴⁵, como, por ejemplo, el “principio de contradicción”⁴⁶ y el “principio de la razón suficiente”⁴⁷.

Teniendo sabido que las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia dependerán de la materia que se aborde y, por ello, de su exclusiva utilización judicial, consideramos discutible que se incorporen legislativamente algunos criterios valorativos de las pruebas, por cuanto ingresamos al sistema tasado de valoración.

Sin embargo, existen casos especiales donde su legislación es “necesaria”, ya que la historia judicial ha demostrado su utilidad.

45 Eduardo Couture afirmará que “reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”. En *“Las reglas de la sana crítica en la apreciación de la prueba testimonial”*, texto citado por Jorge Peyrano, *El proceso civil: Principios y fundamentos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 113.

46 Este principio puede formularse de la siguiente manera: dos enunciados o juicios que se oponen contradictoriamente no pueden ser ambos verdaderos, ver en FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*, 15ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1984, p. 86. También en MANS PUIG ARNAU, Jaime. *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1978, p. 59.

47 Este principio enuncia que ningún hecho puede ser verdadero o existente (y ninguna enunciación, verdadera) sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otra manera, ver en FERRATER MORA, ob. cit., p. 355. También MANS PUIG ARNAU, Jaime. Ob. cit., p. 29. Éste es el principio de soldadura entre las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia, pues de él depende en mucho que se considere si la emisión del juicio de valor sobre los medios probatorios está o no lo suficientemente motivado como para fundar el cuadro fáctico del conflicto de intereses. Este principio constituye la puerta al control de la apreciación libre de la prueba fundado en la exigencia de la correcta y adecuada motivación del juicio de valor que justifique por qué se pronuncia en tal sentido y no en otro. Como bien advierte Ghirardi en el orden jurídico este principio, aún tiene franjas grises de muy difícil acceso. Si el principio de contradicción se muestra con patente rigor, el principio de razón suficiente abarca un territorio tan amplio y extenso que solo permite moverse con cierta soltura al hombre verdaderamente prudente, ya que las zonas opinables dejan espacio a los criterios encontrados”, ver en OLSEN GHIRARDI, *“Lógica del proceso judicial”*, Córdoba, Marcos Lerner, editora, 1987, p. 121.

Así, la necesidad de corroboración de las llamadas declaraciones referenciales e interesadas (arrepentidos o colaboradores) es atendida por el artículo 158.2. La necesidad de corroboración es esencial tanto en pruebas oral directas como indirectas, pero lo son más cuando estas vienen de referencia o son interesadas. El testimonio de referencia se necesita corroborar con su fuente; las declaraciones de los colaboradores y arrepentidos, vía la corroboración, demostrando que no las mueven fines de autoexculpación o espurios.

9. LA PRUEBA POR INDICIOS

La incorporación de la prueba indiciaria en el artículo 158.3 demuestra su aplicación como precepto general de la prueba. En realidad se trata del método indiciario, que es el método indirecto para la probanza en general.

Para que exista una prueba indiciaria deben existir indicio e inferencia. Para José María Asencio Mellado, "indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitadamente probado, inequívoco e indivisible y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el *tema probandum*"⁴⁸. El indicio supone un elemento fáctico, al decir de Andrés Martínez Arrieta⁴⁹, que autoriza una deducción, como consecuencia de él, y permite afirmar un hecho oculto. El indicio, por lo tanto, aparece desprovisto de todo elemento racional, es un dato objetivo que permite, por su posterior conexión a una regla de experiencia, de la ciencia o, incluso, de sentido común, la inferencia, a través de la lógica, de un hecho consecuencia o hecho oculto, al que se refiere la actividad probatoria.

La inferencia es el razonamiento efectuado, observando las reglas lógicas pertinentes. En la terminología especializada al proceso de inferencia se le conoce también como argumento. La inferencia, dice Andrés Martínez Arrieta, es aquella obtenida del indicio que permite acreditar otro hecho distinto; es la conclusión del silogismo construido sobre una premisa mayor: la ley basada en la experiencia, en la ciencia o en el sentido común que

48 ASENCIO MELLADO, José María. "Presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*, en *Cuadernos de Derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 169 y ss.

49 MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "La Prueba Indiciaria", en *La prueba en el proceso penal*. Centro de Estudios Judiciales, Colección, Cursos, vol. 12, Ministerios de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, p. 55. Ver también en el mismo sentido a PABÓN GÓMEZ, Germán. *La Lógica del indicio en materia criminal*. 2ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1995, p. 305. Es menester señalar que muchas veces se confunde al indicio con la prueba indiciaria, queremos decir, se confunde a la parte con el todo.

apoyada en el indicio, premisa menor, permite la conclusión sobre el hecho reconstruido⁵⁰.

Existen casos que demuestran cuan peligroso es tener confianza ciega en un indicio mal interpretado y la necesidad de no omitir ningún esfuerzo para investigar los indicios que favorezcan al sospechoso. Ya el artículo 158.3.c, expresa que cuando se trate de hechos indicadores contingentes (cuando requiera una explicación compatible con otros hechos indicados)⁵¹, éstos deben ser plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

Lo anterior se expresa pues con la inferencia, se deberá también analizar mediante ella no solo los indicios, sino los *contraindicios*. El contraindicio es un dato cierto, pero la inferencia que se realiza con su significado conduce a una conclusión antagónica, con respecto al significado inferido del indicio, por lo tanto, siendo así, éste debe ser consistente para desvirtuar a los indicios contingentes. Por ello, todos los indicios en favor del sospechoso (contraindicios) también deberán ser evaluados, deben ser objeto de la más prolija investigación y dará motivo para buscar otras pistas o variar el curso de la investigación. Como es una prueba basada solo en el razonamiento lógico, es muy peligroso, porque por razones de odio, venganza, antipatía,

50 MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. Ob. cit., p. 59. Para José María Asencio Mellado, inferencia, "es aquella actividad intelectual del juzgador realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones de manera que resulta que la prueba indiciaria no es otra cosa que una prueba de presunciones". (*Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria*. Ob. cit., p. 171).

51 La "contingencia indiciaria", por sí es inacabada, y como incompleta, jamás produce ni certeza ni mucho menos plena prueba. El indicio contingente único es un indicio insuficiente (PABÓN GÓMEZ, Germán. Ob. cit., p. 305). Algunos autores concluyen sobre el indicio contingente que, en la práctica, su manejo deja mucho que desear, y lamentablemente se ha tornado en la prueba que con más irresponsabilidad se maneja, hasta el punto de convertirla en la mayor fuente de errores judiciales, deja margen de duda, es limitada e incierta; es por ello que el nuevo Código procesal penal exige que en caso de indicios contingentes éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contra indicios consistentes. Artículo 271.4 del CPP'95. Se plantea normalmente la contingencia del indicio en oposición al indicio necesario. Será necesario el indicio, sostiene Jorge Arena Salazar, si la inferencia indiciaria tiene como fuente inmediata una premisa de mayor certidumbre, la premisa de menor o hecho indicante está plenamente probado y el razonamiento es ajustado rigurosamente a las leyes de la lógica, siendo así, esa valoración tendría la precisión y exactitud de cualquier ponderación de las llamadas ciencias exactas (op. cit., p. 165 y ss.).

cuestiones políticas, etc., el Juez o el Fiscal pueden actuar parcializados. Por esta razón se recomienda que deben buscarse varios indicios y todos ellos deben tener relación con el delito que se le imputa. Esta inferencia, en el momento de la valoración del indicio, y para no dejar en la indefensión a los ciudadanos, deberá ser expresada de manera minuciosa en la motivación de la resolución.

Las más escandalosas sentencias condenatorias se han dado a partir de haber malentendido la prueba indiciaria. Como se ha observado, el indicio es parte de la prueba indiciaria, sin indicio, la prueba no existiría, de la misma manera la inferencia no puede ser separada del indicio, su aislamiento es fatal. Así como la presunción y la conjetura son fases del conocimiento menores que la verificación y contrastación, son menores aun que la inferencia.

No se puede inferir sin indicio, ya que sería ficción, la misma que se funda en un hecho conscientemente inexistente⁵², que es contrario a la verdad real, que es imaginario⁵³, que por sí sola nada resuelve⁵⁴.

No se puede inferir si el indicio está oculto o no está probado, ya que sería una adivinanza, esto es, descubrir por conjeturas algo oculto o ignorado, dejar en juego libre y sin control a la imaginación, a la fantasía⁵⁵, donde el pensamiento divaga, con elementos de juicio puramente imaginativos, al estilo de concluir por azar (casualidad, caso fortuito), que cumplen un poco la función de "caza de brujas"⁵⁶.

52 ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. 2ª ed., T. III: Juicio Ordinario, Ediar S. A. Editores, Buenos Aires, 1961, p. 685. STAMMLER R. *Tratado de filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces de la 2ª ed. alemana, Madrid, 1930, 1ª ed., párr. 125. Éste es el caso de las presunciones *iuris et de iure*, expresa CLIMENT DURÁN, Carlos. *La Prueba Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 592. ROSEMBERG. Ob. cit., núm. 15, págs. 191 y ss.

53 RENARD G. *Introducción filosófica al estudio del Derecho*. T. I, Desclée, Bs. As., 1947, pág. 106, nota 7, y en su t. 2, cap. 7.

54 MICHAUD, citado por GARDELLA, Juan Carlos. "Ficción Jurídica". En *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. XII, (Fami-Gara), Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967, p. 191.

55 PABÓN GÓMEZ, Germán. Op. cit., p. 38.

56 PABÓN GÓMEZ, Germán. Op. cit., p. 39. Ver también a Kopnin P. V. *Lógica dialéctica*, México, Grijalbo, 1976, p. 456.



Artículo 157. Medios de prueba

1. *Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.*
2. *En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las Leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.*
3. *No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de auto-determinación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.*

COMENTARIO:

LOS MEDIOS DE PRUEBA*

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

1. LA CONFESIÓN

Revisando la legislación extranjera, notamos que la mayoría de los Códigos no desarrolla esta institución como medio de prueba, ni siquiera el C. de PP. it., del que tanto hemos importado.

La confesión es el reconocimiento formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial —o fiscal— por el imputado, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva deducida en su contra¹. Además de la libertad al confesar, se exige un estado normal de las facultades psíquicas (artículo 160.b).

* Tomado del artículo: *Estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Penal.*

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del Estudio Larrieu & Larrieu Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura.

1 CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*. 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 51. Ver también en el mismo sentido a MARTÍNEZ RAV, Gilberto. *Procedimiento Penal Colombiano*, 1ª ed, Edit. Temis, Colombia. 1996, p. 419 y ss; DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría de la prueba*, 8ª ed. Ed. Temis, Colombia, 1981, p. 118. GARCÍA



Claus Roxin, citado por José María Asencio Mellado, plantea que la confesión no es un medio técnico de prueba en puridad, pues tiene derechos constitucionales como los relativos al silencio, a la libre declaración y a la no autoincriminación (garantías subjetivas)².

Sin embargo, es menester señalar que la mayoría de codificaciones, por criterios de especialidad, la mantienen como un medio de prueba en particular. El CPP de 1991, incorporó la institución de la confesión dentro del Capítulo IV, reservado a la declaración del imputado (artículos 127-129); pero, con acierto, el legislador nacional en el Proyecto del CPP de 1996 lo incluyó dentro del Título V, reservado a la Prueba (artículos 216-219); esto con el fin de darle mayores límites y garantías normativas a su utilización. En el nuevo Código del 2004, lo encontramos en su Título II, de los medios de prueba.

El valor probatorio de la confesión. Como bien manifiesta Luigi Ferrajoli, “la confesión, que en el sistema inquisitivo es arrancada por cualquier medio, pero vinculada legalmente al juicio, en el sistema acusatorio y garantista está sujeta a una larga serie de reglas de formación, como la espontaneidad, la no incidentalidad, la univocidad, etc., y, sin embargo, carece de todo valor decisorio; más exactamente, no puede tener ningún valor probatorio si no va acompañada de otro elemento de juicio”³. Es, por ello, que el valor proba-

VALENCIA, Jesús Ignacio, *Las pruebas en el proceso penal colombiano* (Parte General), Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. 1ª ed. Colombia. 1993. p. 146. En un sentido más amplio, nos manifiesta Hernando Devis Echandía, que: “La confesión es un medio de prueba judicial, que consiste en una declaración de ciencia o conocimiento, expresa, terminante y seria, hecha conscientemente, sin coacciones que destruyan la voluntariedad del actor, por quien es parte en el proceso en que ocurre o es aducida, sobre hechos personales o sobre el reconocimiento de otros hechos, perjudiciales a quien la hace o a su representado, según el caso, o simplemente favorable a su contra parte en ese proceso”. (*Compendio de pruebas judiciales*, t. I, p. 318).

- 2 Solo le será asignado al inculcado la categoría de medio de prueba, técnicamente hablando, cuando éste sea investigado en su persona sobre su situación psíquica o corporal (fotografía, huellas, etc.), en cuyo caso los datos que se extraen no implican una actitud del mismo inculcado, siendo, por su propia naturaleza, estas informaciones, estrictamente objetivas. (ASENCIO MELLADO, José María. *La prueba prohibida y prueba preconstituida*, 1ª ed., Edit. Trivium S.A. Madrid, 1989, pp. 133 y ss.).
- 3 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1ª ed., Edit. Trotta, Madrid, 1995, pp. 609, 610 y 612. Ver también GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Op. cit., p. 449. Tímoti W. Cornish, hablándonos de la confesión en el proceso penal en los EE.UU., expresa que debe ser una aceptación jurídicamente convalidada con la responsabilidad del inculcado (“guilty plea”), o sea que debe estar seguida de una serie de garantías y

torio de la confesión ha sido regulado en el artículo 160.2, el cual manifiesta que solo tendrá valor probatorio cuando:

1.1. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción

Situándonos en el terreno de la lógica, debemos admitir que pocas pruebas tienen tanta fuerza de convicción como la confesión del imputado o acusado. Al mismo tiempo, el sistema procesal mira con cierta desconfianza la confesión espontánea que no sea contrastada en la realidad con una serie de pruebas o datos objetivos⁴. Es, por ello, manifiesta José Asencio Mellado, que se impone para la apreciación de la confesión su confirmación por otros extremos, este precepto tiene una doble pretensión: por un lado, impedir que el juez centre toda su actividad en la obtención de la confesión, obviando la búsqueda de otros medios de prueba; por otro lado, obligar a que se practique, tras la confesión, el resto de pruebas allegadas⁵.

1.2. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas

No es posible obligar al imputado a brindar información sobre lo que conoce; dependemos de su voluntad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza. Ello es lo que expresa, muy claramente, la garantía que reza: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*)”⁶. De estas afirmaciones, no se debe deducir que el imputado no tiene facultad para confesar. Sí la tiene, pero esta facultad de confesar es personalísima, se funda exclusivamen-

exigencias, de lo contrario será excluida del proceso (*“La necesidad del pragmatismo en la reforma procesal”*, ponencia en Lima –10 de julio de 1992– en mimeo, p. 6).

- 4 MARTÍN PALLIN, José Antonio. “El interrogatorio de imputados y testigos”. En *La prueba en el proceso penal*. Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 333 y ss.
- 5 ASENCIO MELLADO, José. Ob. cit., p. 133 y ss. En el mismo sentido se manifiesta Juan Luis Gómez Colomer al expresar que la confesión del acusado no tiene relevancia por sí sola en el proceso penal, es decir, no significa automáticamente la condena, sino que, aun habiendo admitido los hechos el acusado, el tribunal debe practicar todas las demás pruebas admitidas, o incluso introducir pruebas de oficio, para esclarecer por otros medios la verdad. *El proceso penal español (Para no juristas)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1993, p. 259.
- 6 MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal argentino*. 1ª ed., Edit. Hammurabi. T. I, Vol. b, Buenos Aires, 1989. p. 434. Ver también a CARRIO, Alejandro. *Garantías constitucionales*. 1994, p. 273 y ss., y Hendler, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. 1ª ed., Edit. Ad Hoc. S.R.L., Buenos Aires, 1996, p. 175 y ss.

te en la voluntad del imputado y no puede ser inducida por el Estado de ningún modo.

1.3. Sea prestada, ante el juez o el fiscal, en presencia de su abogado [el del imputado]

La confesión se produce durante la investigación, ante el fiscal competente; sin embargo, se puede generar en la etapa de juzgamiento⁷. Esta se debe desenvolver dentro de las formalidades legales pertinentes y se deberá limitar cuando resulte manifiestamente excesiva.

Según César San Martín Castro, dentro del sistema acusatorio garantista, “cuando se haya declarado a nivel policial, tiene que ratificarse judicialmente para que tenga validez probatoria⁸”.

2. LA CONFESIÓN SINCERA

Si la confesión, adicionalmente, es sincera y espontánea, el juez puede disminuir la pena hasta un tercio por debajo del mínimo legal. Se exceptúan los supuestos de flagrancia y de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso (artículo 161).

Para que exista confesión sincera se deben dar los requisitos de validez de la confesión. Todo lo expresado, con respecto a la confesión en los apartados anteriores, demuestra que la confesión, para que sea sincera, no debe ser falseable; en ese sentido, se entiende la sinceridad de la confesión como sinónimo de *verificabilidad*, lo que no es lo mismo que la confesión sea verdadera⁹, sino que tal sinceridad pueda ser corroborada mediante el cumplimiento de los requisitos, ya de existencia o de validez de la confesión, y de

7 La confesión se clasifica en Judicial, que es la que se hace ante el funcionario judicial competente y con las formalidades del caso, y Extrajudicial, que es que la resulta de manifestaciones de responsabilidad que el procesado hace ante particulares. (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Ob. cit., p. 420 y ss; ver también, en el mismo sentido a MALDONADO, Pedro Osmán. Ob. cit., p. 124; y TAMBINI DEL VALLE. *La prueba en el Derecho procesal penal* (De acuerdo con el nuevo Código Procesal Penal), 1ª ed., Lima, 1993, p. 215. Para una clasificación más detallada sobre la confesión: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., T. I, p. 319.

8 SAN MARTÍN CASTRO, César. “Estudio crítico del nuevo Código Procesal Penal”. En: *Estudios de Derecho procesal penal*. Comp. Arsenio Oré Guardia, 1ª ed., Edits. Alternativas S.R.L., Lima, 1993, p. 269 y ss.

9 Por los mismos motivos que el deber de seriedad de la confesión, tampoco impide que la confesión sea falsa, simulada o insincera.



otros particulares. Así, la Corte Suprema, en reiterados pronunciamientos ha fijado un concepto de la sinceridad de la confesión. Ahora bien, en la exigencia de espontaneidad, que solicita el nuevo Código, afirma que solo resulta admisible una disminución de la pena cuando se trata de una confesión prestada fuera de los supuestos de delito flagrante o cuando no exista abundante prueba de cargo contra el imputado.

La judicatura en varias oportunidades expresó que, si carece de espontaneidad, el beneficio de atenuación de la pena no se aplicará —“si el procesado recién confiesa su autoría en el acto oral, y a insistencia del Colegiado”¹⁰—. Sin embargo, la jurisprudencia no es pacífica al respecto. Así, se expresa que, “cuando los autores se declaren confesos en el juicio oral y existan pruebas que lo corroboren, debe aplicarse una pena por debajo del mínimo legal”¹¹. Consideramos esta segunda postura la más correcta y mesurada, puesto que, de acuerdo con la naturaleza jurídico procesal de la confesión, esta puede ser divisible y compleja, y permitiéndose al declarante de la confesión poder otorgar nuevos datos a la misma (por ejemplo, el de otorgar datos nuevos sobre agentes del delito), o poder surgir en esta etapa la confesión del verdadero responsable del hecho, muy bien debe admitirse el beneficio, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de validez antes señalados y esta sea valorada con el criterio de conciencia.

No queremos pasar el tema de la confesión sin tocar, muy brevemente, algunos asuntos referidos a la declaración del imputado. Podemos comentar en este momento un detalle rescatable de la ley chilena (artículo 197), está referido a la prolongación de esta declaración; ellos prevén un descanso para el declarante. Esto refuerza el respeto por los derechos del procesado. Los italianos ordenan el deber de informar al imputado la libertad que tiene de no declarar, aun en sede policial.

3. EL TESTIMONIO

El testimonio es la declaración de una persona natural de sus percepciones sensitivas sobre los hechos investigados. En una acepción rigurosamente jurídico procesal, es el acto procesal por el que se realiza tal declaración,

10 Ejec. Sup. Exp. 1847-96, Huancayo, del 04 de junio de 1996, en: Carmen Rojas Pella, *Ejecutorias Supremas Penales, 1993-1996*, Legrima Editorial, 1997, p. 347.

11 Ver Sentencia de la Quinta Sala Penal de Lima de fecha 16 de Mayo de 1997, expediente N° 1053-94 y Sentencia de la Segunda Sala Penal de Lima de fecha 9 de diciembre de 1993.



ante el juez o en diligencias previas al juicio oral (recibida en este caso como prueba anticipada)¹².

Testigo, propiamente definido, es quien tuvo conocimiento directo del hecho, por lo que aparece como primera fuente de información en la investigación. Es el llamado testigo presencial. Por el contrario, el llamado testigo de referencia sabe de los hechos de modo indirecto o mediato. Este testigo debe indicar todo lo relacionado a la obtención de la información, principalmente la identidad de su informante; si no otorga esto último, su testimonio no podrá ser utilizado (artículo 166.2). No obstante, el Código no excluye siempre las declaraciones del testigo de referencia, cuando no se consiguió la identidad de su fuente. El numeral 2, del artículo 158, las admite siempre que se encuentren otras pruebas que corroboren su testimonio. Cree Miranda Estrampes, que esta última norma debió condicionarse solo a los casos en los que es imposible obtener la declaración del testigo principal¹³. Por nuestra parte, estimamos que ambos artículos no provocan una antinomia y que su redacción no perjudica el desarrollo del proceso.

Sobre su capacidad, el artículo 162 establece que, en principio, toda persona es hábil para prestar testimonio. Sin embargo, hay ocasiones en las que no puede prestarlo, ya sea por razones naturales (incapacidad física o psíquica que se lo impida) o porque se lo prohíba la Ley, como es el caso de quienes deban guardar secreto profesional, de culto religioso o de Estado (artículo 165.2).

Según el CPP chileno, “no existirán testigos inhábiles” en el procedimiento penal (309). No se puede tachar, según ellos, a un testigo por incapaz; a lo sumo, se le puede desacreditar mediante preguntas a él dirigidas (309).

La redacción chilena parece ser más tajante que la expresión italiana “toda persona tiene capacidad para rendir testimonio” (196.1), aunque la proposición sea la misma.

Si bien el NCPP sigue la forma de redacción italiana, expresa claramente las obvias excepciones a la regla general sobre la capacidad de los testigos. Estas se presentan en dos casos, el inhábil por razones naturales y el impedido por la Ley (162.1).

12 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de pruebas judiciales*. T. II, pág. 21.

13 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004”. En *El Derecho procesal contemporáneo*, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera, t. II. Jurista Editores, 2006, pág. 543.

Asimilando la técnica italiana, el NCPP prevé la realización de indagaciones para verificar la idoneidad física o psíquica del testigo. Sin embargo, la diferencia está en que los italianos hacen ello para “valorar las declaraciones del testigo” (196.2), teniendo en cuenta de que a nadie se le excluye su capacidad para ser testigo, por ello, bien expresa el artículo 196.3 de su Código que “el resultado de [estas] indagaciones (...) no impide la recepción del testimonio”¹⁴.

En cambio, con el NCPP, estas pruebas a los testigos pueden servir para determinar su inhabilitación, pudiendo no recibirse su testimonio. No dice “declaraciones”, sino “el testimonio” mismo (162.2).

Los vinculados por el secreto profesional no podrán negar su testimonio cuando sean liberados por el interesado del deber de guardar secreto (artículo 165.2.a), lógicamente. No se incluye entre ellos a los ministros de cultos religiosos, entendiéndose que aún contando con la venia del interesado, deberán abstenerse de declarar.

Este Código también prohíbe declarar al funcionario público y al exfuncionario (si bien no menciona expresamente a estos últimos, también se les debe considerar, como bien anota Sánchez Velarde)¹⁵, sobre información clasificada como secreto de Estado o reservada. Tal condición de la información quedará sujeta a verificación; en caso se advierta que no es secreto, el testigo continuará con su declaración (artículo 165.2.b).

El testigo está obligado a concurrir (163.1); de no hacerlo a la primera citación, se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública (164.3). No obstante, pueden rehusar a prestar testimonio el cónyuge o conviviente del imputado (aun cuando el vínculo haya cesado), los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los parientes por adopción; para lo cual, deben ser advertidos de este derecho (artículo 165.1).

La obligación que tiene el testigo de comparecer y declarar con la verdad es una máxima de uso generalizado en los distintos Códigos procesales del mundo. Lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 169 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI), que es recogido en el artículo 298

14 Con esto no estamos obviando que el Código italiano excluye a ciertas personas de intervenir como testigos (120): los menores de 14 años, los ebrios, quienes estén bajo los efectos de estupefacientes o sustancias psicotrópicas y los presos.

15 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Introducción al nuevo Código Procesal Penal*. IDEMSA, Lima. 2005, pág. 75.



del Código chileno. Nosotros lo tenemos en el 163.1, influenciados por el trato de 198 del C. de PP. it.

Sin embargo, el testigo tiene la facultad de negarse a declarar cuando pudiera surgir su propia responsabilidad penal, o la de sus parientes cercanos, o estén guardando secreto profesional o de Estado. Así es tratado en las distintas regulaciones, cada una con sus matices especiales, pero orientadas por la misma idea.

De todas ellas, la que ejerció más influencia en la elaboración del NCPP fue la italiana. A continuación, una pequeña comparación al respecto.

Tema	Fuente	Influenciado
No obligación de declarar sobre el hecho del que podría surgir su propia responsabilidad penal.	Artículo 198.2 C. de PP. it.	Artículo 163.2 NCPP.
Secreto profesional.	Artículo 200.1 C. de PP. it.	Artículo 165.2.a NCPP ¹⁶ .
Secreto de Estado.	Artículo 202 C. de PP. it.	Artículo 165.2.b y 3 NCPP.
No obligación al agente de revelar su informante, pero inutilidad de la información si no lo dice.	Artículo 203 C. de PP. it.	Artículo 163.3 NCPP.

Tratando la facultad del testigo de no rendir testimonio cuando sea pariente del imputado, nuestro Código es más riguroso al italiano, ya que este no determina el grado de parentesco que deba existir. El NCPP se alimenta del artículo 171 del CPPMI y de la ley chilena, que en su artículo 302 enmarca los supuestos para la actuación de esta facultad.

Si el interesado en que se guarde el secreto otorga su consentimiento para que declare el testigo, este debe hacerlo. Esta es una nota común en los Códigos. No obstante, no todos tienen la excepción de mantener el secreto, aun con el asentimiento del interesado, cuando el objeto de prueba fuera un seguidor de un culto religioso y, por razón de ello, tenga conocimiento so-

16 Puede que debido a ello la redacción del artículo patrio no haya sido perfecta. Ver el artículo 165: "Deberán abstenerse de declarar (...) quienes deban guardar secreto profesional o de Estado: a) los vinculados al secreto (...) profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión (...). b) Los funcionarios y servidores públicos (...) tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite...". Esos dos puntos sugieren una enumeración de quiénes "deberán abstenerse a declarar".

bre la información. Esto sí lo encontramos en la Ley Procesal Penal alemana (LPPA), en su § 53, de donde la tomamos en nuestro NCPP.

Más o menos hemos seguido el artículo 256.3 del C. de PP. it., en el modo de comprobar la calidad de “secreta” de la información por declarar, principalmente de Estado.

Los altos funcionarios públicos y autoridades religiosas, enumerados en el artículo 167, tienen la prerrogativa de elegir si declararán en su domicilio o en su despacho; salvo que, tratándose de sujeto distinto al Presidente de la República, Presidente del Congreso o Presidente del Consejo de Ministros, el juez considere indispensable su comparecencia (artículo 167.2). También es diferenciado el trato con los miembros de cuerpo diplomático o consular acreditados en el Perú (aunque hayan culminado sus funciones y se encuentren en el extranjero). En este caso, se les enviará el pliego interrogatorio por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, al que deberán absolver, bajo promesa o juramento de decir la verdad, mediante informe escrito (artículo 168).

Es notorio que, en el testimonio de altos dignatarios, el 205 del C. de PP. it. ha inspirado el 167 del NCPP, y puede que haya hecho lo mismo con el 300 del CPP chi.

El § 54.3 alemán faculta al Presidente a negar el testimonio cuando la deposición afectara al bien público.

Si el testigo se encuentra en otro lugar del país, se dispondrá su declaración mediante exhortos. En cambio, si está en el extranjero, se aplicarán las normas sobre cooperación internacional, contemplando la posibilidad de utilizar medios tecnológicos modernos, con la intervención del cónsul, si corresponde, o del funcionario habilitado (169.2).

El testigo está obligado a responder con la verdad a las preguntas planteadas (163.1). De no hacerlo, caería en perjurio, delito tipificado en el artículo 409 del CP. De ello debe ser advertido antes de comenzar su declaración (170.1). Pero no puede ser obligado a declarar sobre hechos que puedan acarrear su propia responsabilidad penal o la de sus familiares o parientes mencionados en el num. 1 del artículo 165. Se le debe advertir sobre este derecho antes de comenzar su declaración (163.2). Esta regla se deriva del derecho a guardar silencio o de no autoincriminación.

El testigo policía, militar o miembro de los Servicios de Inteligencia del Estado, no pueden ser obligados a revelar los nombres de sus informantes, pero si estos no son interrogados, no se pueden actuar las informaciones atribuidas a ellos (163.3) –con la excepción ya expuesta respecto a la suficiencia de otras pruebas que la corroboren (158.3)–.



Las declaraciones del testigo serán claras y objetivas, para ello se le plantearán preguntas oportunas y observaciones precisas (170.5), no admitiéndose las preguntas sugestivas o impertinentes. No se le permitirá expresar conceptos u opiniones personales que tenga que ver sobre hechos o responsabilidades, a menos que sea un testigo técnico (166.3). Este testigo técnico, mencionado por el Código, también es conocido como testigo-perito¹⁷ o como testigo competente¹⁸, y es quien obtuvo conocimiento del hecho por razón de su oficio, sin que requiera mandato; verbigracia, el médico que declara: “El señor X tuvo conocimiento de que el señor Y era maníaco depresivo, por cuanto estuvo presente cuando hice el diagnóstico. Es más, le advertí personalmente sobre los peligros de su estado...”, ese es un testigo-perito.

Un grupo de personas tiene un trato especial al rendir su testimonio (171): Si el testigo está enfermo, declarará donde se encuentre; si hay peligro de muerte, y no es posible aplicar las reglas de prueba anticipada, se tomará declaración de inmediato –lo mismo para el caso de viaje inminente–. El testimonio de menores y de quienes hayan podido sufrir psicológicamente por los hechos (incluso el agraviado), podrá recibirse en privado, con intervención psicológica y hasta con asistencia familiar.

Se supera bastante el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales de 1940, que no regulaba la declaración de los sordos o de los mudos, sino solamente del sordomudo, a quien le dificultaban las cosas al exigirle respuestas por escrito, si sabía escribir, y si no lo sabía, se exigía que declare por signos que pueda entender el Juez. El nuevo Código dispone que aunque el testigo sea solo mudo o solo sordo, y aun sabiendo escribir, declare por medio de intérprete (171.1).

Respecto a lo último, el artículo 119 del C. de PP. it. solo prevé la colaboración de un intérprete en la declaración de un sordo o mudo, o sordomudo, cuando no supiera leer o escribir; caso contrario, la brindará por escrito. Esto no es apropiado, por ello, el legislador peruano prefirió utilizar un intérprete en todo caso para estos testigos (171.1 NCPP).

4. LA PERICIA

La pericia es el medio probatorio utilizado en el proceso cuando se requieren conocimientos especializados técnicos, científicos, artísticos o de experiencia calificada, para determinar las causas y efectos de un hecho, así

17 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 220.

18 SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho procesal penal*. 2ª ed., Valencia - Thüningersheim. 1999, pág. 121.



como para verificar si el hecho ocurrió o no. La pericia sirve de auxilio al juez¹⁹ y es un medio de prueba histórico.

Los hechos que requieran de una explicación para comprenderlos mejor pueden ser sometidos a un examen pericial. El perito no es testigo de los hechos a probar (no puede serlo), sino que con su conocimiento especializado brinda su opinión sobre aquellos. También puede acudir a él cuando se necesite establecer la autenticidad de algún documento (186).

El perito es nombrado por el juez competente, el juez de investigación o el fiscal, según si aún continúa o no en la investigación preparatoria. La designación del perito se hará escogiendo, de preferencia, entre los que sirven al Estado; en su defecto, se elegirá según las normas de la LOPJ (173.1).

En cuanto a la procedencia de la pericia, nuestro Código tiene unas delimitaciones más elaboradas que otros como el chileno (artículo 314, segundo párrafo).

El artículo 173 limita el número de testigos a uno; pero prevé la posibilidad de nombrar dos o más cuando resulten imprescindibles por la complejidad del caso, o cuando se requieran conocimientos especializados en diferentes disciplinas (num. 1).

No puede ser nombrado perito quien se encuentre con alguna de las causales por las que el testigo podría o debería abstenerse de declarar, el testigo del hecho, quien haya intervenido en el mismo proceso u otro conexo, ni quien esté inhabilitado en el ejercicio de su profesión (175.1). En los casos anteriores, el perito debe excusarse, de no hacerlo puede ser tachado por las partes y subrogado ulteriormente, pero ello no le impide presentar su informe pericial (175.2).

Se le debe facilitar al perito el acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición del juez, que le permitan cumplir con su investigación (176.1). Entre las obligaciones del perito tenemos: a) Deber de excusarse cuando la Ley le prohíba actuar como tal (175.2). b) Proceder con diligencia (174.1), de no hacerlo será subrogado (175.3). c) Desempeñar el cargo con verdad, bajo responsabilidad penal (174.1). d) Guardar reserva de cuanto conozca con motivo de su actuación, también bajo su responsabilidad (176.2). Las sanciones penales a infracciones de estos deberes están en los artículos 165 y 409 del CP.

19 En este sentido: DEVIS ECHANDÍA, ob. cit., T. II, p. 123; ROXIN, ob. cit., p. 238, y la doctrina mayoritaria. En contra: CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*, ob. cit., 1994, pág. 45; para quien no es auxilio al juez puesto que aun teniendo éste conocimientos suficientes, se debe llevar a cabo la pericia.

El artículo 222 del C. de PP. it. contiene la promesa que debe declarar el perito al conferirle el encargo. Nuestro Código no expone una fórmula pre-determinada, pero sí ordena rendir promesa de honor de llevar con lealtad el cargo, aparte de advertirle la responsabilidad penal en la que incurriría si falta a la verdad o si no guarda la debida reserva.

Con la designación del perito se precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y se fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes (174.1).

El informe pericial contendrá: a) Los datos del perito. b) Descripción de la persona o cosa sobre la que se hizo el peritaje. c) Lo comprobado respecto al encargo. d) Fundamentación del examen. e) Indicación de los criterios científicos o técnicos que le sirvieron para hacer tal examen. f) Conclusiones, en las que no se opinará sobre la responsabilidad penal del imputado. g) Fecha, sello y firma (artículo 178).

Cuando sean varios los peritos y haya discrepancia entre ellos, cada uno presentará su propio informe (180.1), procurando un debate pericial en el curso del acto oral (180.2). Si el informe pericial resulta insuficiente, se puede ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo (180.3).

El § 83.1 de la Ley alemana prevé la insuficiencia en el dictamen del perito, en cuyo caso el juez ordenará un nuevo dictamen por los mismos u otros peritos (se entiende que oficiales). Como se nota, es fuente del 180.3 del NCPP. Las partes pueden designar los peritos que consideren necesarios (177), que les asesorarán cuando lo estimen conveniente. El perito de parte puede presenciar la actividad del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Si sus conclusiones discrepan con las del perito oficial, presentará su propio informe (179). De esto se dará cuenta al perito oficial y, obligatoriamente, se abrirá debate entre ambos peritos (181.3).

Es de notar que en la legislación chilena no hay distinciones entre perito oficial y de parte. Ministerio Público o imputado, o cualquier otro sujeto procesal, pueden presentar su perito y solicitar que actúe en el juicio oral (314). En cambio, los italianos sí aceptan la intervención de un perito de parte, al cual llaman "consultor técnico" (artículo 222.1.e).

El examen pericial (artículo 181) se realiza para que el perito explique los procedimientos y resultados de su investigación, además de aclarar algunos asuntos que, por razón de técnica de oficio, escapen al conocimiento promedio (por ejemplo, términos técnicos). Esta explicación pericial no libera de la elaboración y entrega del informe pericial.

5. LA CONFRONTACIÓN O EL CAREO

El careo consiste en colocar “cara a cara” a dos o más personas que han prestado declaraciones significativamente contradictorias sobre hechos relevantes, para que debatan y encontrar así una mayor aproximación a la verdad.

El NCPP tiene cierta influencia de los artículos 211 y 212 del C. de PP. it., pero no se copia en lo sustancial, sino más en la forma de redacción. Por su parte, la Ley alemana (§58.2) lo regula en forma breve, pero suficiente para sus fines.

Se realiza cuando haya significativa contradicción entre lo declarado por el imputado y por otro imputado, testigo o agraviado, y entre agraviados o testigos (182.1 y 2). Las preguntas que se realicen siempre versarán exclusivamente sobre los puntos contradictorios que determinaron la procedencia de esta diligencia (183.2).

Solo si el representante o la defensa de la víctima menor de catorce años lo solicita, procederá el careo entre esta y el imputado (182.3). Es de resaltar que con la legislación anterior se proscribía la confrontación entre testigos (artículo 155 del Código de Procedimientos Penales). El Código del 2004, en cambio, sí lo permite. Esta variación es importante, ya que en la práctica nunca se encontró una razón suficiente para tal prohibición, y se convertía en limitación al principio de libertad probatoria.

Otro cambio con la nueva legislación es que su práctica solo se realizará en el juicio oral. Al respecto, opina Sánchez Velarde: “Al parecer, ello permitiría evitar la duplicidad de la diligencia, en la fase investigatoria como en la fase oral, dejándose solo para la última de las indicadas”²⁰.

6. LA PRUEBA DOCUMENTAL

A diferencia del testimonio, la confesión o la pericia, que son pruebas personales, la documental es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier elemento que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho²¹. Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v. gr., una fotografía). Siempre es representativo, esto

20 Ob. cit., pág. 84.

21 En la doctrina alemana, debido a límites de redacción de la ley, se considera documento solo al material escrito, en cualquier soporte. Así: ROXIN, op. cit., pág. 246; SCHLÜCHTER, ob. cit., págs. 138 y 139; ERNEST BELING, *Derecho procesal penal*, Editorial Labor, 1943, § 63.



lo diferencia de las cosas que, sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria²².

En este tema, el nuevo Código supera largamente al Código de 1940, que no solo no contiene un capítulo de prueba documental, sino que las normas al respecto están dispersas (en los artículos 184, 185, 187 y 194) y presentan nomenclaturas inadecuadas (se habla, por ejemplo, de legajos o escritos, papeles, correspondencia).

No obstante, seguimos bajo la influencia italiana, no reprochable per se. Al tratar sobre los documentos anónimos, hemos casi calcado el artículo 240 del C. de PP. it. en el 184.3 de nuestro Código.

El Código establece que quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial (184.1). Si se le niega al fiscal la presentación del documento, el juez ordenará su incautación (184.2).

Para verificar la autenticidad del documento o de su contenido, se ordenará, cuando sea necesario, su reconocimiento por quien sea su autor, quien resulte identificado con este medio de prueba, por algún testigo que pueda reconocerla o por quien efectuó el registro (186.1). Carece de valor el documento con declaraciones anónimas, salvo que constituya el cuerpo del delito o provenga del imputado (184.3).

El documento en lengua distinta al castellano debe ser traducido por un traductor oficial (187.1). Las transcripciones de audios y videos se realizarán en un acta. Tratándose de videos, además, el juez o el fiscal de la investigación preparatoria ordenará su visualización. La transcripción y visualización se efectuarán con intervención de las partes (187.2 y 3). Durante la investigación preparatoria, el juez o el fiscal pueden requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento (negativa, retardo, ocultamiento o falsedad) es sancionado (188).

7. EL RECONOCIMIENTO

Eugenio Florián conceptúa el reconocimiento, en general, como el acto por el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o cosa, con lo que se adquiere un conocimiento sobre ellas²³. Además, creemos, el

22 DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit. T. II, pág. 197.

23 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. T. II, 3ª, TEMIS, Bogotá, 1990, p. 486.



reconocimiento permite certificar la veracidad en la declaración de quien dice haber visto a la persona o cosa.

En esta parte también seguimos a los italianos. Prueba de esto es la clasificación de los reconocimientos de personas, cosas y otros.

Son susceptibles de ser reconocidos: a) personas —el imputado o personas distintas a él (189.1 y 3)—. b) Voces, sonidos y cuanto pueda ser percibido por los sentidos (190.1). c) Cosas, las que serán exhibidas del mismo modo que los documentos (191.1).

Para acercarse de un modo más seguro a la verdad, el reconocimiento se realiza siguiendo ciertas formalidades. En este acto, deberán estar presentes el fiscal y el abogado defensor del imputado (salvo lo dispuesto en el num. 2 del artículo 189). Es un acto presencial, por eso, es inadmisibles que se haga privadamente, de lo cual se dé luego cuenta a la autoridad²⁴. El nuevo Código establece el modo de practicar esta diligencia en los artículos 189 y siguientes.

Quien deba reconocer, previamente describirá a la persona aludida. Luego se colocará a esta junto con otras de aspecto exterior semejante. Se dirá si se encuentra o no entre ellas el sujeto a reconocer; de ser positiva su respuesta, se indicará cuál de ellos es (189.2).

En el reconocimiento importa que quien va a reconocer no sepa quién es la otra persona, caso contrario no se debe practicar esta diligencia de reconocimiento, sino una identificación.

Durante la investigación preparatoria deberá estar presente, en este acto, el abogado defensor del imputado. De no estarlo, el juez de la investigación preparatoria podrá presenciarla; en este caso, se la considerará un acto de prueba anticipada (189.3).

Cuando varias personas deban reconocer a una sola (no necesariamente al imputado), cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sea una persona la que deba reconocer a varias, se efectuará en un solo acto, de ser posible (189.4).

Si lo que se reconoce no son personas, sino voces, sonidos o cuanto pueda ser percibido por los sentidos y cosas, se procederá, en lo aplicable, análogamente al reconocimiento de personas. Antes de proceder al reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa (190.1 y 191.2).

24 Ídem.

8. LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y LA RECONSTRUCCIÓN

La inspección judicial busca comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas (192.2). Con esta inspección se entra en contacto con la escena del crimen.

Se realiza de manera minuciosa. Su desarrollo se adecuará a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en las que ocurrió (193.1 y 2)²⁵.

Este Código no prevé que el juez pueda comisionar la realización del acto, por lo que se entiende, debe estar presente (principio de inmediación); en España sí se permite hacerlo (según el artículo 727 de su Ley de Enjuiciamientos Criminales).

La reconstrucción es una diligencia dinámica, busca recrear la escena y acontecimientos que rodearon la acción. Según el Código, la reconstrucción busca verificar la posibilidad del delito de acuerdo con las demás pruebas actuadas (192.3). Si se obtuviesen resultados positivos, se considerará el hecho como probable; en cambio, resultados negativos serían decisivos, determinando la imposibilidad de tal hecho. El acto se debe practicar con la mayor reserva posible. Se dispone que –vigilando la dignidad de la persona, bajo los principios de presunción de inocencia y de no auto incriminación– el imputado no está obligado a intervenir en este acto (192.3).

El C. de PP. it. es el único Código que lo regula expresamente como medio de prueba (se encuentra en los artículos 218 y siguientes). Ellos lo llaman experimentos judiciales.

En ambas diligencias, de preferencia, deben participar los testigos y peritos, pero no se exige la concurrencia de menores de edad o de víctimas que se puedan afectar psicológicamente con su participación. También se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tomen fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa (194).

25 En la legislación comparada es casi unánime considerar la inspección judicial como medio de prueba. Sin embargo, el Senado chileno consideró que la “inspección personal”, como la llamaban, no debía ser un medio de prueba, pues no es labor del juez reunir pruebas ni producirlas, por lo que la retiraron de su Ordenamiento. Luego de algunas polémicas sobre la utilidad de la inspección, se elaboró una norma afín, en la que se permitiera al tribunal constituirse en lugar distinto a la sala de audiencias, para formar su convicción –no siendo, formalmente, un medio de prueba–. Ver: HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 311 y 312.



9. PRUEBAS ESPECIALES

9.1. Levantamiento del cadáver

Este levantamiento comprende el minucioso y documentado estudio del cadáver en el lugar donde acaeció la muerte. Se realiza cuando se sospecha que una muerte fue causada por hecho punible (artículo 195). Entonces, el fiscal procederá al levantamiento del cadáver, en lo posible, con intervención de peritos (médico legista y personal policial de Ciminalística). No obstante, el fiscal puede delegar la realización de la diligencia en su adjunto, en la policía o en el juez de paz. Por razones de índole geográfica, podrá prescindirse de la participación de personal policial especializado (195.2).

La identificación del cadáver tendrá lugar mediante la descripción externa, la documentación que se le encontrare, las huellas recabadas o por cualquier otro medio, antes de la inhumación o luego de la exhumación (195.3).

El acta de levantamiento del cadáver debe ser elaborada cuidadosamente, esto ayudará en gran medida a la labor del médico que practique la necropsia correspondiente.

9.2. Necropsia, examen de vísceras y materias sospechosas, y embalsamamiento del cadáver

Luego de realizado el levantamiento del cadáver, los peritos practicarán la necropsia, también llamada *pericia anatómica*, para establecer la causa de la muerte, examen al que no se pueden oponer los familiares. Sin embargo, no será exigible la necropsia cuando la muerte sea producto de desastre natural o de accidente en medio de transporte, salvo el cadáver de quien conducía el medio de transporte, en este caso es obligatorio (196.2).

Se debe concluir si la muerte fue natural, criminal, accidental o si se trató de un suicidio²⁶. La necropsia determinará, además, y en todo caso, las causas de la muerte.

26 Existen otras formas de muerte, como la heroica, en la que alguien sacrifica su vida por altos ideales (aunque estrictamente sí configure una acción de quitarse la vida voluntariamente), y la muerte por sanción (no pena) judicial. De este último tipo no interesa mucho a fines de investigación pericial, máxime si en el Perú ya no se aplican esas medidas –hacemos fuerzas por que nunca más se vuelvan a aplicar–.



El Fiscal decidirá si él o su adjunto deban presenciar la necropsia, a la que pueden asistir los abogados de los demás sujetos procesales, incluso acreditar peritos de parte (196.3).

El artículo 196 del NCPP se deja orientar por las disposiciones del C. de PP. it. al respecto (artículos 87 y ss.); sin embargo, no lo sigue fielmente, tenemos una versión asaz distinta de esta prueba.

Cuando la sospecha sea de envenenamiento, el perito examinará las vísceras y las materias sospechosas que se encuentren en el cadáver o en otra parte y remitirá, cuidadosamente, al laboratorio especializado correspondiente (198.1). El fin de estos exámenes es descubrir si realmente la causa de la muerte fue envenenamiento, de ser el caso, qué sustancia se utilizó para tal efecto y si se trató de un acto suicida, accidental o criminal.

El Fiscal puede disponer el embalsamamiento del cadáver a fin de mantenerlo bien conservado y así poder realizarle eventuales nuevas pericias (197).

Otra novedad de este Código es que la autorización para la incineración del cadáver solo la dará el Juez después de expedida sentencia firme (197). El dictamen pericial del médico legista sobre el cadáver es conocido como protocolo de necropsia. Este protocolo contiene los datos del cadáver, todos los exámenes practicados sobre él (descripción externa y examen interno), las conclusiones generales a las que se llega y la causa de la muerte.

9.3. Examen de lesiones y agresiones sexuales

Las lesiones corporales también las deberá analizar el perito, quien determinará cómo se las provocaron, el arma o instrumento que las haya ocasionado, si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro y, en general, toda información que se requiera para adecuarlo al tipo penal (en la gravedad de la lesión).

En el examen médico en caso de agresión sexual, solo se permite la presencia del médico encargado de realizarlo y, eventualmente, de un profesional auxiliar, salvo que la víctima consienta la presencia de otras personas (artículo 199).

Para determinar lesiones de estos tipos se recurre a la búsqueda en la víctima de restos de piel entre sus uñas, huellas de sangrado, cardenales en las piernas, etc. También se practica la pericia biológica, análisis de fluidos y secreciones del cuerpo como sangre, orina, semen, moco, entre otros.

Hay una exploración física en la víctima y un examen especializado en el laboratorio. En la víctima deben realizarse todas las observaciones posibles, que no solo involucran los genitales, sino todo el cuerpo. Se

busca con ello encontrar signos que confirmen el delito sexual y muestras de objetos (semen, vello púbico, restos de piel, etc.) que sirvan de pista para identificar al agresor.

Las muestras obtenidas se remiten al laboratorio para su análisis. Estas pueden consistir en saliva, semen, cabellos, entre otros. Es frecuente encontrar en el vello de la propia víctima restos de semen del agresor, así como en su ropa y demás objetos de la escena del delito.

9.4. Examen en caso de aborto

La finalidad de este examen es comprobar la preexistencia del embarazo, los signos que demuestren la realización de un aborto, las causas que lo provocaron, los probables autores y las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho (artículo 200).

En lo posible, se buscará dejar en claro el tiempo de embarazo al momento del aborto y el método utilizado (legrado uterino, método de Carman, inyecciones de hipertónicas de salina o glucosa, entre otros). También se examinará el estado psíquico de la mujer para establecer si su actuar fue doloso calificado o atenuado (por aborto sentimental o por aborto eugenésico).

También permite diferenciar casos de abortos de infanticidios. Los exámenes en la víctima se dirigen a constatar si llegó a nacer con vida o no.

9.5. Preexistencia y valorización del bien

Los delitos patrimoniales están condicionados a la preexistencia del bien objeto del delito (hurto, robo, etc.); sin ella, el delito es imposible, ya que el tipo exige mínimamente tener posesión de un bien (individualizado). Además, algunos tipos exigen cuantía para distinguirlos de otros, como es el caso del hurto simple, para diferenciarlo de una falta, por lo que se recurre a la pericia de valorización. En todo caso, la afectación en el patrimonio de la víctima es estimada judicialmente mediante el examen de valorización del bien.

La sola imputación del agraviado es insuficiente para derivar válidamente una responsabilidad penal en un individuo si es que no se prueba fehacientemente la preexistencia del bien sustraído.

La preexistencia del bien en los delitos contra el patrimonio se prueba con cualquier medio idóneo para ello, que puede ir desde una fotografía (donde se muestre a la víctima vistiendo la alhaja sustraída) hasta la factura misma o comprobante de la compra de la cosa (201.1). La valorización está a cargo de peritos, a menos que, por las circunstancias del caso, la intervención de éstos sea innecesaria (201.2).

Artículo 158. Valoración

1. *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.*
2. *En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.*
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 contradicciones consistentes.*

Artículo 159. Utilización de la prueba

1. *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.*

COMENTARIO:

APUNTES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

¿Es absoluta la regla de exclusión en el nuevo modelo procesal peruano?

HAMILTON CASTRO TRIGOSO*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo VIII, numeral 2) del Código Procesal Penal de 2004 ha establecido que "carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamenta-

* Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, ex profesor de las Unidades de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Antenor Orrego (UPAO) y Fiscal Coordinador de la Segunda Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Lima.



les de la persona”, fórmula que el legislador repite en el artículo 159 en los siguientes términos: “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”.

Un juez limeño, en el caso judicial de soborno cuyo principal protagonista fue un ex Viceministro de Justicia¹, argumentó que en el ordenamiento procesal penal peruano el reconocimiento de excepciones a la regla de exclusión correspondería exclusivamente al legislador y no a la jurisprudencia, para luego declarar que los registros fílmicos que la Fiscalía obtuvo con cámara oculta en una sala de reuniones del Ministerio de la Producción, que captaban precisamente el ofrecimiento del soborno al funcionario y su posterior entrega en el recinto público, constituían prueba prohibida por no contar con autorización judicial al tratarse de “un lugar cerrado”. De este modo, se estaría estimando que la regulación de esta cuestión en el Código Procesal Penal de 2004 partiría de considerar una regla de exclusión absoluta, sin modulaciones ni matices que pudiese dar cabida a la utilización de alguna de las excepciones circulantes en la doctrina y en la jurisprudencia relativas a la llamada por algunos prueba prohibida.

Vista esta situación, que no es ni por asomo una cuestión menor en el ámbito del proceso penal, conviene examinar si tan radical aseveración se ajusta a la realidad de nuestro ordenamiento y a los cánones actuales de la teoría de la prueba ilícita.

Es, por ello, que en este breve artículo nos proponemos abordar este asunto desde la perspectiva de la Constitución, las normas del Código Procesal Penal y los actuales desarrollos de la dogmática de la prueba ilícita.

II. TENDENCIAS ACTUALES EN MATERIA DE PRUEBA ILÍCITA

Desde que en los Estados Unidos de Norteamérica se inició el tratamiento jurisprudencial de la regla de exclusión por la ilicitud en la obtención de la prueba, específicamente en 1886 con el caso *Boyd vs. US*, ha corrido mucha agua bajo el puente.

1. Se trata de la sentencia, de fecha 21 de diciembre de 2011, dictada por el Tercer Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por funcionarios públicos de Lima, Expediente N° 00005-2011-32-1826-JR-PE-03. En el párrafo 7.28 del fallo, el Juez sostuvo que “... en un sistema de Civil Law, como el nuestro, una vez normativizada la regla de exclusión, sacándola de su entorno originario en la jurisprudencia, el reconocimiento de excepciones a la misma corresponde exclusivamente al legislador y no a la jurisprudencia”.

Es de reconocer que en los países, al principio de la evolución aplicativa de la regla de exclusión, existe una tendencia a considerarla en forma absoluta, sin admitir excepción alguna.

Como se recordará en España, en 1984, a través de la sentencia STC 114/1984, del 29 de noviembre, se estableció que la prohibición de la prueba ilícitamente obtenida deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

Sin ir muy lejos, en nuestro país, el Tribunal Constitucional sentó las bases jurisprudenciales del tratamiento de la prueba ilícita mediante la sentencia dictada en el caso N° 1058-2004-Acción de amparo/TC (Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST S.A.), estableciendo claramente que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales.

Una mirada a la evolución de la doctrina de la prueba ilícita nos permitirá avizorar que esta tendencia general a considerar al principio una regla de exclusión absoluta es hasta cierto punto natural, pues la prohibición de admitir y valorar prueba ilícitamente obtenida en el proceso penal se erige en una salvaguarda o barrera frente a los abusos y extralimitaciones de las agencias de la persecución penal en la investigación y represión del delito. Luego, es también natural que, a la luz de la resolución de los casos concretos y de las exigencias de la realidad social, política, económica, tecnológica, etc., se advierta la necesidad de valorar y considerar en una misma dimensión que el respeto a los derechos fundamentales de los imputados, la protección de legítimos intereses sociales o colectivos que guardan relación con el imperativo de reducir al máximo los espacios de impunidad, sobre todo en un momento histórico de transformación de las formas de criminalidad de mayor dañosidad social.

Es así que, si el lector avisado examina la evolución que ha sufrido el tratamiento de la prueba ilícita, podrá constatar que se ha avanzado desde un origen de absoluta rigidez en la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida hasta la aceptación de excepciones que inclusive atacan la vigencia de la propia regla de exclusión (la doctrina de la buena fe), sin contar con aquellas que permiten la admisión y valoración de prueba refleja o indirecta, esto es, lícita en si misma, pero originada en otra obtenida con vulneración de derechos fundamentales (doctrina de los frutos del árbol envenenado)².

2 Véase al respecto, de URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Angel. *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*. Aranzadi-Thomson Reuters. 5ta. edición, Navarra, 2010, p. 75, quienes explican que "en efecto, en la actualidad –y como ya se ha

En España, por ejemplo, después de la sentencia STC 114/1984, el Tribunal Constitucional ha elaborado la teoría denominada de la conexión de antijuridicidad en la STC 81/1998 de 2 de abril. Esta doctrina está referida a la validez o invalidez de la prueba refleja o derivada, tal como fue concebida en la sentencia citada, referida a un caso en el que se discutió si la prueba originaria, obtenida con vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, transmitía o no su ilicitud originaria a la prueba obtenida por derivación. En este caso, el Tribunal Constitucional español sostuvo que no basta con establecer en el caso concreto la relación de causalidad natural entre la originaria vulneración del derecho fundamental y la prueba derivada o refleja, sino que es necesario un doble análisis: a) de perspectiva interna, dado por el análisis del derecho fundamental transgredido y su enlace con la prueba derivada; y b) de perspectiva externa, que exige establecer si el derecho afectado requiere una mayor o menor protección o tutela para su efectividad.³

Según da cuenta Armenta Deu, en la sentencia *Hudson vs. Michigan* (2006), dictada por el Tribunal de Apelaciones de Michigan, se ha hecho patente la confirmación de una tendencia de cuestionamiento a la regla de exclusión en los Estados Unidos de Norteamérica. En este caso, la Policía ingresó en la vivienda de Booker T. Hudson con una orden de registro, pero sin respetar la regla según la cual los policías deben esperar previamente entre veinte a treinta segundos después de llamar a la puerta y anunciar su presencia. Durante la intervención policial se encontró cocaína y armas de fuego en el interior del domicilio, hecho por el cual Hudson fue condenado (posesión de drogas y armas de fuego) por el Tribunal de Apelaciones que revocó la absolución de instancia que declaró inicialmente inutilizables las pruebas encontradas en la entrada y registro.⁴ En la sentencia mencionada se habría producido una reformulación de la excepción del vínculo atenuado que, como sabemos, permite valorar la prueba refleja debido a la extrema

dicho-, asistimos al surgimiento del principio de la "relativización de la prueba ilícita", en el que se abre paso al "espacio de discrecionalidad" que corresponde a los órganos judiciales en tendencia observable en los países anglosajones, para ponderar todas las circunstancias del caso, bienes constitucionales implicados y concreto impacto procesal de la vulneración producida".

- 3 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Tratado de derecho procesal penal*. Volumen II, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2004, p. 999, quien sostiene que la teoría de la conexión de antijuridicidad no sería otra cosa que la doctrina alemana de la ponderación de los intereses en conflicto.
- 4 ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita (un estudio comparado)*. 2da. edición, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 178, 179.



debilidad del vínculo con la ilegalidad producida. Así, la Corte habría establecido, según Armenta Deu, que “no se aplicará la regla de exclusión sino en los casos en que los intereses vulnerados tengan una relación directa; circunstancia que, atendidos los derechos contemplados en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta, deja como único caso de aplicación de la regla de exclusión a la confesión obtenida bajo tortura”⁵. El fallo en mención, al igual que el posteriormente dictado en el caso *Herring vs. United States* del año 2009, también pone en tela de juicio el efecto disuasorio que, por décadas, ha sido el sustento de la *exclusionary rule* en los Estados Unidos de Norteamérica, para destacar, en su lugar, el poder disuasorio de las reglas sobre responsabilidad civil para los oficiales de policía que vulneren derechos constitucionales en sus intervenciones.⁶

III. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL PERÚ

Como sabemos, el Tribunal Constitucional peruano, en el caso “Edmi Lastra Quiñónez” (Exp. 2053-2003-HC/TC), definió la prueba ilícita como “aquella en cuya obtención o actuación se lesionan derechos fundamentales o se viola la legalidad procesal, de modo que la misma deviene procesalmente inefectiva o inutilizable” (Fundamento N° 3).

Posteriormente, en el conocido caso N° 1058-2004-Acción de amparo/TC (Rafael Francisco García Mendoza contra SERPOST S.A.), nuestro Tribunal Constitucional estableció claramente que la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no puede ser utilizada para incriminar a una persona y, por tanto, carece de efectos legales. Si bien es verdad se trató de una acción de amparo derivada de un asunto laboral (despido arbitrario), no es menos cierto que el razonamiento esgrimido en dicha sentencia resulta aplicable a todo tipo de proceso, ya que “se trata, pues, en el fondo, de garantizar que los medios de prueba ilícitamente obtenidos no permitan desnaturalizar los derechos de la persona ni, mucho menos, y como es evidente, que generen efectos en su perjuicio.” (Fundamento N° 22).

En el caso “Químper Herrera” (Exp. 00655-2010-PHC/TC, sentencia pronunciada el 27 de octubre de 2010), el autodenominado Máximo Intérprete de la Constitución resolvió el hábeas corpus que se interpusiera en favor del procesado Alberto Químper Herrera, por presunta vulneración del debido proceso, al haberse sustentado el auto de abrir instrucción en audios pre-

5 ARMENTA DEU. Ob. cit., p. 180.

6 ARMENTA DEU. Ob. cit., pp. 33-34.



suntamente obtenidos con vulneración del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (interceptaciones telefónicas efectuadas por particulares sin mandato judicial). En el citado fallo⁷, se considera que la prueba prohibida es un derecho fundamental, no contemplado expresamente en la Constitución, que garantiza a las personas que todo medio probatorio obtenido con transgresión de un derecho fundamental sea excluido y no admitido ni valorado para decidir la situación jurídica de una persona en todo tipo de proceso o procedimiento. En el Fundamento N° 21, el Alto Tribunal estableció que, dado que el proceso penal contra Químper Herrera aún no concluía, era prematuro pronunciarse sobre la incidencia de la prueba prohibida en la situación jurídica del procesado, pues para ello es "... necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas".

Me parece que la sentencia del caso "Químper Herrera" utiliza un subterfugio para no afrontar la exigencia que imponía la naturaleza e importancia del asunto de resolver derecha y completamente la cuestión de si los audios obtenidos a través de una interceptación telefónica no autorizada judicialmente pueden ser o no admitidos y valorados en el proceso penal, cuando se trata de casos de enorme trascendencia social en los que figuran involucrados funcionarios que detentan o están cerca del Poder. Era la oportunidad propicia para que nuestro Tribunal Constitucional elabore una respuesta dogmática inteligente que podía haber fijado los parámetros en la resolución de este tipo de casos, quizá desde la perspectiva del equilibrio necesario entre derechos fundamentales y eficacia en la persecución de graves delitos. No obstante lo expuesto, lo que aquí pretendemos destacar es que el Tribunal Constitucional, aun cuando, según ha dado a entender, la oportunidad ha de ser en las instancias finales del proceso penal, en la sentencia que comentamos se ha planteado puntualmente la posibilidad de examinar la incidencia de la prueba prohibida en la situación jurídica del procesado en directa relación con la afectación del derecho al debido proceso. Esto significa que si finalmente no se acredita en abstracto la afectación a este derecho, bien podría valorarse la prueba a pesar de haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

La sentencia de 7 de abril de 2009, dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República (Exp. N° 10-2001/Acumulado N°

7 La sentencia declaró improcedente la demanda interpuesta.



45-2003-A.V.), contra Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori⁸, como autor de los delitos de homicidio calificado, lesiones graves y secuestro, que terminó con la condena del ex Presidente de la República a veinticinco años de pena privativa de libertad, contiene un desarrollo interesante e importante sobre prueba ilícita; inclusive en un caso el Tribunal valoró la prueba a través de la aplicación de una excepción a la regla de exclusión. Así, una de las pruebas presentadas por la Fiscalía fue el vídeo cuyo contenido es un reportaje periodístico propalado por el programa televisivo “La ventana indiscreta”, titulado “detrás de cámaras” y realizado sobre la base de la entrevista del periodista Alejandro Guerrero Torres al General EP José Picón Alcalde, en el que se aprecia a Vladimiro Montesinos Torres dando instrucciones al entrevistado sobre lo que tenía que declarar, vídeo que fue cuestionado por la defensa, alegando principalmente que fue adquirido de modo ilegal (no lo proporcionó Panamericana Televisión). La Sala Penal Especial de la Corte Suprema decidió valorar el vídeo como parte del acervo probatorio de cargo, utilizando para el efecto las excepciones del vínculo atenuado y la regla standing.⁹

Como es de apreciarse, después de este breve recuento de los desarrollos jurisprudenciales en nuestro país y en otros, es posible concluir que actualmente los tribunales de justicia consideran no solamente el ámbito de la vulneración de los derechos fundamentales de los investigados o imputados, cuando les toca resolver casos en los que se tenga que aplicar los criterios de la prueba ilícita, sino que extienden la mirada un tanto más allá. Esta flexibilización de la regla de exclusión ha llevado a señalar, a Teresa Armenta Deu, que en los Estados Unidos de Norteamérica la tendencia “es hacia la práctica eliminación de la regla de exclusión, o cuando menos relegar su aplicación a circunstancias cada vez más excepcionales, sustituyendo su marco de protección por la adopción de remedios civiles¹⁰.” Nosotros, desde luego, no creemos que sea esta la tendencia que deba imponerse en nuestros países perte-

8 Si bien esta sentencia fue dictada en el marco de un proceso penal regido por las normas del Código de Procedimientos Penales (modelo mixto), empero, sus conclusiones sobre prueba ilícita son válidamente aplicables al proceso regulado por el Código Procesal Penal (modelo acusatorio). La razón es que la prohibición de admisión y valoración de prueba ilícita no es inherente a un modelo determinado de proceso, pues ella deriva directamente de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

9 Para mayores razones, véase mi artículo “Consideraciones sobre la prueba ilícita en la sentencia contra Fujimori. Sobre la prueba de audio y vídeo”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 128, Lima, 2009, pp. 27-32.

10 ARMENTA DEU. Op. cit., p. 183.

necientes a la tradición jurídica eurocontinental. Sin embargo, consideramos necesario atemperar la rigidez de los criterios que sobre prueba ilícita viene aplicando un sector de la Judicatura en nuestro país, sobre todo en el ámbito de los delitos de corrupción de funcionarios.

IV. EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE VIGENCIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA EFICACIA DE LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS

El artículo 44 de la Constitución Política del Estado establece que, entre otros, son deberes **primordiales** del Estado la plena vigencia de los derechos humanos y la protección de la población respecto de las amenazas contra su seguridad. Como es de apreciarse, el mandato del Constituyente es claro: es tan importante la defensa de los derechos fundamentales como la protección de la seguridad de la sociedad. En esta línea, qué duda cabe que una de las más graves amenazas contra la seguridad de la población es la delincuencia y, dentro de ella, la delincuencia organizada y la lacra de la corrupción funcional.

Debe entenderse que no sólo resulta valioso para el Estado y la Sociedad el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encuentren sometidos a una imputación penal, sino también, en el mismo plano y con la misma obligatoriedad, la búsqueda de la eficacia en la persecución penal y la aplicación del *ius puniendi* que no son otra cosa que expresiones de esa protección de la seguridad de la sociedad que reclama y exige la Norma Fundamental. Y, como no puede ser de otro modo, es este un mandato para todos: sociedad, instituciones, policía, jueces, fiscales, etc. **Subrayo que también es un mandato para los jueces.** De allí que una lectura e interpretación unilateral y sesgada de la norma constitucional puede conducir, y de hecho así ocurre en algunos casos, a considerar únicamente en el proceso penal las garantías del imputado y a generar, de este modo, un hipergarantismo tan miope como paralizante vinculado con intolerables espacios de impunidad.

A mi modo de ver, la eficacia de la persecución penal, la aplicación del *ius puniendi* y esa necesidad acuciante de la sociedad contemporánea de evitar espacios de impunidad a partir de una errónea percepción de garantismo a ultranza, en un modelo de proceso penal como el nuestro, son exigencias que también incumben a los jueces, a la par que aquellas vinculadas con el respeto de las garantías del imputado. Es este el mandato del Constituyente a partir del texto del artículo 44 de la Constitución. Pensar que los jueces únicamente deben cuidar las garantías del imputado es tan erróneo como sostener que los fiscales solamente deben atender en sus actuaciones a la

eficacia de la persecución penal. Desde luego que no estamos pidiendo que los jueces cohonesten arbitrariamente prácticas vulneratorias sino tan solo que también comiencen a mirar, en los casos concretos, esa otra cara de la moneda del proceso penal que es la eficacia y, sobre todo, la necesidad de no “garantizar” espacios de impunidad a aquellos individuos y organizaciones que con sus conductas delincuenciales han decidido apartarse del Derecho.

V. CÓMO DEBEN SER LEÍDOS LOS ARTÍCULOS VIII.2 DEL TÍTULO PRELIMINAR Y 159 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

A tenor de lo exigido por los artículos VIII.2 del Título Preliminar¹¹ y 159¹² del Código Procesal Penal, lo que la prueba prohibida debe vulnerar es el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, para ser catalogada como tal y, en consecuencia, expulsada del acervo probatorio en el proceso penal.

Lo precedentemente mencionado nos lleva a sostener que no toda vulneración de derechos fundamentales en la obtención de prueba puede dar lugar a la prohibición de su utilización o valoración. Esta afirmación nos conduce también a la necesidad de definir qué debe entenderse por contenido esencial de los derechos fundamentales. Así, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, debe entenderse como tal a “aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad¹³.” Ese núcleo mínimo o duro que es el contenido esencial de los derechos fundamentales, no sólo es indisponible para el legislador sino para todos, incluidos jueces, fiscales, funcionarios policiales, etc¹⁴.

11 Art. VIII. Legitimidad de la prueba

1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

12 Art. 159. Utilización de la prueba

1. 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.

13 Exp. N° 1042-2002-AA, 06-12-2002.

14 Del mismo criterio, Reyna Alfaro, Luis, “El derecho a la defensa, el derecho a probar y la prueba ilícita. Precisiones iniciales”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 83, Año 11, Lima, agosto 2005, p. 35.



El llamado contenido esencial de los derechos fundamentales es un concepto elaborado por la doctrina alemana a partir del texto del artículo 19.2 de su Constitución que prescribe que “en ningún caso un derecho fundamental puede ser afectado en su contenido esencial”. De acuerdo con lo expuesto por Alexy¹⁵, se distinguen al respecto una teoría relativa y otra absoluta. Según la primera, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Según la segunda, cada derecho fundamental tiene un núcleo que, en ningún caso, puede ser afectado.

Dentro del marco de la teoría relativa, según enseña Alexy, las restricciones que respetan el principio de proporcionalidad “no vulneran la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad¹⁶.”

Siguiendo esta línea y, considerando la estructura de los artículos VII.2 del Título Preliminar y 159 del Código Procesal Penal de 2004, resulta válido sostener que en los casos concretos en los que se discuta la invalidez de la prueba por vulneración de derechos fundamentales, los jueces deberán examinar exhaustivamente si se ha producido una afectación del contenido esencial de los mismos, antes de declarar sin efecto legal o inutilizable la prueba. En otras palabras, aun cuando se haya producido una afectación de derechos, será obligatorio que el juez establezca puntualmente si esa afectación incidió o no en el contenido esencial, sobre la base de la aplicación del principio de proporcionalidad. De ser negativa la respuesta, esto es, si no hay afectación del contenido esencial, la prueba debe surtir efectos legales y ser utilizada y valorada como corresponda.

Así las cosas, si bien es verdad que nuestro ordenamiento jurídico se enmarca dentro de la tradición romano germánica, eurocontinental o del Civil Law, no es menos cierto que, a pesar de ello, algunas excepciones a la regla de exclusión sí son de recibo y pueden ser reconocidas y aplicadas por los jueces sin que sea necesaria su regulación expresa por el legislador. Miranda Estrampes ha señalado al respecto que “la referencia al contenido esencial de los derechos fundamentales contenida en el art. VIII CPP permite mantener que la regla de exclusión no se ha configurado legislativamente de un modo absoluto. Admite, por tanto, modulaciones, esto es,

15 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2008, 1ª reimpresión de la 2ª edición en español, p. 259.

16 Ídem.

excepciones, cuando no se afecta al contenido esencial del derecho fundamental afectado¹⁷”.

VI. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto se desprende claramente que la previsión normativa que sobre prueba ilícita contiene el Código Procesal Penal de 2004 sí permite la utilización de criterios de excepción a la regla de exclusión, sobre la base de considerar la obligatoriedad de examinar en cada caso si la afectación del derecho fundamental incide o no en el contenido esencial, principalmente bajo la perspectiva del principio de proporcionalidad. No es cierto, entonces, que en nuestro ordenamiento el reconocimiento de excepciones a la regla de exclusión corresponda exclusivamente al legislador.

Asimismo, actualmente se avizora también en la jurisprudencia nacional una cierta tendencia de flexibilización de la regla de exclusión, al punto que, en el caso Químper Herrera, el Tribunal Constitucional ha dejado abierta la posibilidad que la validez o invalidez de la prueba obtenida con afectación de derechos pueda ser determinada a partir del examen en abstracto del conjunto del proceso penal con el fin de verificar la afectación al derecho al debido proceso; mientras que en la sentencia del caso Barrios Altos y La Cantuta, la Corte Suprema hizo uso de las excepciones del vínculo atenuado y la regla standing.

En el encabezado de este artículo nos preguntábamos si es absoluta la regla de exclusión en el nuevo modelo procesal peruano, refiriéndonos con dicha pregunta a la regulación que sobre prueba ilícita prevé el Código Procesal Penal de 2004. A la luz del razonamiento aquí expuesto, la respuesta no puede ser otra que no.

17 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. “Legitimidad de la prueba. Art. VIII del Código Procesal Penal”, en AA.VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara Editores, Lima, 2009, p. 68. Más adelante el profesor español afirma que “hay que ser conscientes de que la referencia al contenido esencial contenida en el art. VIII deja a los Tribunales peruanos un cierto margen de discrecionalidad para decidir cuando la afectación tiene o no un carácter esencial”. (Op. cit., p. 70).

**TÍTULO II
LOS MEDIOS DE PRUEBA**

**CAPÍTULO I
LA CONFESIÓN**

Artículo 160. Valor de prueba de la confesión

1. *La confesión, para ser tal, debe consistir en la admisión por el imputado de los cargos o imputación formulada en su contra.*
2. *Solo tendrá valor probatorio cuando:*
 - a) *Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción;*
 - b) *Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas;*
 - c) *Sea prestada ante el juez o el fiscal en presencia de su abogado; y,*
 - d) *Sea sincera y espontánea.^(*)(**)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

*(**) Según lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013, se adelanta la vigencia del presente artículo en todo el territorio peruano a partir del día siguiente de publicada dicha Ley.*

Artículo 161. Efecto de la confesión sincera

El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160. Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia, de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal.^()(**)*

() Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.*

*(**) Según lo establecido en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013, se adelanta la vigencia del presente artículo en todo el territorio peruano a partir del día siguiente de publicada dicha Ley.*



COMENTARIO:

LA CONFESIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

GIAMMPOL TABOADA PILCO*

“... la tensión me dominó y le apreté el cuello, pero estoy arrepentido..., por eso es que vine hoy sábado temprano a denunciar lo sucedido pero no fui totalmente sincero, por eso es que he regresado en la tarde para denunciarme a mí mismo, la conciencia no me deja tranquilo”

Confesión de un homicida. Trujillo, 01-03-2008

I. INTRODUCCIÓN

Mittermaier, al analizar los motivos de la confesión, decía que la sociedad “*nunca se muestra más convencida de la culpabilidad del acusado, que cuando sabe que ha emanado de él una confesión completa*”¹, por ello, el desarrollo histórico del proceso penal ha demostrado la marcada tendencia de quien oficia de instructor, en lograr por cualquier medio y a cualquier precio, la aceptación o el reconocimiento de los hechos incriminatorios por el imputado, con manifiesto desprecio y menoscabo a su libertad y dignidad, caracterizado por el uso formal de la violencia en todas sus manifestaciones, como la tortura y amenaza propia del *sistema inquisitivo puro* (siglos XIII al XVIII). La búsqueda de la verdad histórica del caso, a través de la reconstrucción fáctica “*de primera mano*” por el mismo agente infractor, llevó a considerar a la confesión como prueba plena, directa y suficiente, “*la reina de las pruebas*”; pese a contrariar tal acto el natural “*instinto de conservación de inocencia*” o “*esperanza de exculpación*” del imputado en el proceso, en la experiencia común que todo hombre, de sano juicio, evita y rechaza aquello que pueda causarle perjuicio.

La Revolución Francesa inspirada en los ideales de libertad, igualdad y fraternidad plasmó en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los principales derechos fundamentales de toda persona, que bajo la influencia napoleónica impactó directamente en la forma de impartir justicia penal en la cultura jurídica occidental, naciendo el *sistema inquisitivo*

* Docente de postgrado de Derecho Penal Contemporáneo y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Privada Antenor Orrego, Juez del Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo, Miembro de la Comisión Distrital de Implementación del CPP.

1 MITTERMAIER, Kart Joseph Antón. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 2006, p. 217.



reformado o mixto como lo conocemos hasta nuestros días, así pues, se prohibió la tortura como método institucionalizado de obtención de la verdad, sin embargo, el imputado siguió siendo tratado como objeto del proceso, apareciendo nuevas formas decimonónicas con el mismo fin, ahora será el interrogatorio incisivo, capcioso y sugestivo de los acusadores oficiales (fiscal e incluso jueces) al interior del proceso, lo que deberá provocar la auto inculpación, práctica inquisitiva que pervive en los tribunales, bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940².

Es el interrogatorio de una persona detenida en los momentos iniciales de la investigación –aun no formalizada–, la situación de mayor vulnerabilidad para que la policía, mediante el uso de la violencia y la amenaza solapadas con el título de “interrogatorio científico”, pueda obtener una confesión del imputado, dada la imposibilidad inmediata de una defensa técnica que informe, pero sobre todo asegure el respeto al derecho de abstención o permisión de declarar en forma libre y espontánea, todo ello en el desmedido afán de preparar con éxito el camino de la futura condena, una vez reconducido el caso en un proceso penal.

En este contexto, la jurisprudencia norteamericana primero en el caso *Gideon vs. Wainwright*³ (1963) y después en el caso *Miranda vs. Arizona*⁴

-
- 2 Código de Procedimientos Penales de 1940, aprobado por Ley N° 9024, vigente en casi todo el territorio nacional, a excepción de los distritos judiciales de Huaura, La Libertad, Moquegua y Tacna.
 - 3 Caso *Gideon vs. Wainwright*: En 1961, Clarence Earl Gideon fue arrestado en Florida por entrada con fractura en una sala de billar. Cuando Gideon solicitó que le asignaran un abogado de oficio para defenderle, el juez se lo negó por entender que la ley estatal solo la había previsto en casos capitales, o sea, aquéllos que están relacionados con la muerte de una persona o que son punibles con la pena de muerte. Gideon se encargó de su propia defensa y fue declarado culpable. Mientras estaba en prisión pasó horas en la biblioteca estudiando libros de derecho y escribió una petición al Tribunal Supremo para que revisara su caso. El Tribunal entendió que a Gideon se le había denegado un juicio imparcial y resolvió que todos los Estados debían proporcionar asistencia letrada a todos los reos indigentes. Cuando Gideon fue juzgado de nuevo disponía de abogado defensor y fue absuelto. Tres años más tarde, el Tribunal Supremo dictaminó que el reo debía tener derecho a la asistencia letrada mucho antes de presentarse ante un tribunal de justicia.
 - 4 Caso *Miranda vs. Arizona*: El 02 de marzo de 1963, en el desierto que rodea Phoenix, Estado de Arizona - EEUU., una joven fue raptada y violada, siendo arrestado Ernesto Miranda por coincidir con la descripción física del atacante, fue llevado a la Comisaría local, luego de un interrogatorio de dos horas por dos oficiales, sin habersele informado que tenía derecho a la presencia de un abogado y a guardar silencio, confesó que había cometido el delito, prueba que sirvió para condenarlo por secuestro y violación sexual. El



(1966), desarrolló en su contenido actual los alcances del **derecho a la no auto incriminación**, a la previa existencia de *salvaguardas específicas*, que aseguren una declaración libre e informada, la misma que estableció reglas de observación obligatoria por los agentes policiales, conocida como la “tarjeta Miranda”, curiosamente reproducida en casi toda película norteamericana de corte policial, probablemente como recordatorio sistemático y reiterado de los derechos que tienen los ciudadanos detenidos y el deber de los policías de respetarlos, estos son: “*tiene derecho de permanecer en silencio, todo lo que diga puede y será usado en su contra en el tribunal, tiene el derecho de consultar un abogado y de asistirse por el defensor a lo largo del interrogatorio*”.

En nuestra realidad nacional, el artículo 71.2 del Código Procesal Penal del 2004⁵ –en adelante **CPP**–, también ha reconocido estas salvaguardas, extendido su cumplimiento a todas las autoridades intervinientes en el marco del proceso penal como jueces, fiscales y policías, de hacer saber al imputado –detenido por flagrancia o mandato judicial– de manera inmediata y comprensible el delito que se le atribuye y cuáles son sus derechos⁶. Tal es la preocupación del legislador nacional respecto a la información efectiva de los

caso fue apelado a la Corte Suprema de Justicia, invocándose la violación de la Quinta y Sexta Enmienda de la Constitución Norteamericana. El Tribunal Supremo ordenó que los agentes de policía, al efectuar arrestos, facilitasen la información que ahora conocemos como la información Miranda. Posteriormente, en el caso *Dickerson contra los Estados Unidos en 1999*, una persona condenada por robo a un banco alegaba que no le habían leído debidamente sus derechos, el Tribunal Supremo en junio del 2000, anuló *Dickerson* por 7 votos contra 2, en un fallo que reafirmó rotundamente la validez de *Miranda*.

5 Código Procesal Penal del 2004, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 –en adelante CPP–, vigente en el Distrito Judicial de Huaura desde el 01/07/2006, Distrito Judicial de La Libertad desde el 01/04/2007 y Distritos Judiciales de Tacna y Moquegua desde el 01/04/2008.

6 Artículo 71.2. del CPP: El imputado tiene derecho a: a) Conocer los cargos formulados en su contra y, en caso de detención, a que se le exprese la causa o motivo de dicha medida, entregándole la orden de detención girada en su contra, cuando corresponda; b) Designar a la persona o institución a la que debe comunicarse su detención y que dicha comunicación se haga en forma inmediata; c) Ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor, d) Abstenerse de declarar; y si acepta hacerlo, a que su abogado defensor esté presente en su declaración y en todas las diligencias en que se requiere su presencia; e) Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley; y f) Ser examinado por un médico legista o en su defecto por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera.

derechos del imputado detenido, que el artículo 263.2 del CPP⁷ ha regulado que ejecutada la medida de detención preliminar judicial, el detenido primero deber ser puesto a disposición del Juez de Investigación Preparatoria, para verificar su identidad, comunicarle sus derechos y de ser el caso asignarle abogado de oficio, luego de la sumaria diligencia, recién es puesto a disposición del fiscal.

La confesión es regulada en el artículo 160 del CPP, como un *medio de prueba*, consistente en el reconocimiento sincero y espontáneo de los hechos inculcatorios por la persona sobre quien recae una imputación formal –imputado–, que para su validez y eficacia requiere ser *confirmado* con el resto de material probatorio actuado válidamente en el proceso penal instaurado en su contra; de prueba plena ahora “*es un medio de prueba más, pero no cualquiera*”, pues siempre su presencia dará un *plus de certeza* para sustentar una sentencia condenatoria.

II. NATURALEZA JURÍDICA

La declaración indagatoria del imputado como regla general constituye un **medio de información** de los cargos objeto de imputación criminal⁸ y de los derechos que le asiste como investigado⁹. Asimismo, es un **medio de**

7 Artículo 263.2 del CPP: “... sin perjuicio de informar al detenido del delito que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención, comunicará al Ministerio Público y pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. El Juez examinará al imputado, con la asistencia de su defensor o el de oficio, a fin de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Acto seguido lo podrá a disposición del fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitorio que corresponda”.

8 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 41, primer párrafo: *Advertencias preliminares*. Antes de comenzar la declaración se comunicará detalladamente al imputado el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo, en la medida conocida, incluyendo aquellas que sean de importancia para la calificación jurídica, un resumen del contenido de los elementos de prueba existentes y las disposiciones penales que se juzgue aplicables.

9 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 41, segundo párrafo y siguientes: Se le advertirá también que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. En las declaraciones que preste durante el procedimiento preparatorio será además instruido acerca de que puede exigir la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir, antes de comenzar la declaración sobre el hecho. En este caso, si no estuviere presente, se dará aviso inmediato al defensor, por cualquier medio, para que comparezca y, de no ser hallado, se fijará nueva audiencia para el día próximo,



defensa¹⁰ –de la misma opinión Juan Montero Aroca¹¹–, expresión del derecho a la **no autoincriminación** (“*nemo tenetur edere contra se*” - nadie está obligado a declarar en su contra), tanto en su dimensión *negativa* de abstención de declarar¹² como en su dimensión *positiva* de aceptación de declarar, sin prestar juramento de decir la verdad.

Si la libre declaración del inculpaado contiene la admisión de la imputación formulada en su contra, confirmada con el material probatorio actuado en el proceso, se convierte en **medio de prueba** (artículo 160 del CPP), que permite la realización de los principios de **economía, celeridad y eficacia procesal**, evitando las complicaciones procesales que pudieran presentarse en la búsqueda de la verdad de la hipótesis acusatoria.

procediéndose a su citación formal. Si el defensor no compareciere, se designará inmediatamente a un defensor de oficio, para que cumpla su función en ese acto, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al defensor elegido. Será instruido también acerca de que puede requerir la práctica de medios de prueba, efectuar las citas que considere convenientes y dictar su declaración.

10 CPP Chile, promulgado por Ley 19.696 (12/10/2000), artículo 98: *Declaración del imputado como medio de defensa*. Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas, el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

11 “La declaración del acusado debe contemplarse más como un medio de defensa del mismo que como un carga procesal o un medio de prueba”. En: *Principios del Proceso Penal*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, p. 157.

12 Interesante el comentario del Juez mexicano, Juan José Olvera López, en el sentido que la abstención de declarar “no se refiere únicamente a las particularidades del caso (a los hechos referentes a la existencia del delito y de la responsabilidad del inculpaado), pues tampoco se le puede obligar a declarar sobre sus datos personales, debido a que tal información se pondera para la individualización de las sanciones (artículo 52 del CPF, por ejemplo antecedentes penales, edad, educación, ilustración o costumbres) o para determinar el monto de las sanciones (según el artículo 29 del CPF, por ejemplo, ingresos económicos que obtenía cuando supuestamente se cometió el delito); es decir, constituye material útil para el juicio que puede deparar perjuicio al acusado.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el dicho del inculpaado sobre sus ingresos económicos, por sí solo y no controvertido por otro medio de prueba, constituye confesión de ese hecho y tiene valor pleno para acreditar tal extremo, que es fundamental para fijar el monto de la multa que se imponga como pena. Tesis de la jurisprudencia del rubro: “MULTA, EL CRITERIO PARA IMPONERLA ES LA PERCEPCIÓN NETA DIARIA DEL SENTENCIADO, SU DICHO TIENE VALOR DE PRUEBA PLENA SI NADA LO DESVIRTÚA”, publicada en el Ius 2003 con el número de registro 200, 422”. (En: *La Declaración del Imputado*. Artículo seleccionado por los coordinadores Luis M. Reyna Alfaro, Gustravo A. Arocena, y David Cienfuegos Salgado. En: *La Prueba, Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Jurista Editores. Lima, 2007, p. 471).



La confesión en un sistema acusatorio adversarial también es vista como una **decisión estratégica**, en miras a obtener beneficios premiales concretos, como la utilización de diversas salidas alternativas de solución del conflicto jurídico penal, permitiendo en algunos casos, evitar la condena, previa reparación efectiva del daño al agraviado (principio de oportunidad), en otros casos, la imposición de condena, pero reducida la pena a límites inferiores al mínimo legal, sin necesidad de exponer el caso a juicio público (terminación anticipada del proceso). La perspectiva objetiva de la confesión como estrategia de defensa técnica, no descarta de plano que tal reconocimiento de los hechos delictivos, pueda derivar de un plano subjetivo de profundo y sincero *arrepentimiento*¹³, como precisaba Mittermaier,

- 13 Expediente N° 1113-2008. Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra Pedro Pablo Navarro Trujillo, por el delito de homicidio calificado tipificado en el artículo 108.3 del CP, en agravio de Rosa Verónica Paredes Villavicencio. El día sábado 01/03/2008 a las 8:45, el imputado denunció ante la Comisaría PNP de Florencia de Mora que su conviviente (la agraviada) se encontraba muerta y en estado de putrefacción en el cuarto que compartían. Luego a las 18:30 del mismo día, el imputado regresó a la Comisaría para declararse culpable de la muerte de su conviviente, manifestando literalmente lo siguiente: *“El día jueves 28/02/2008, luego que saliera del trabajo, a horas 9:00 aproximadamente, en el inmueble sito en la calle... de Florencia de Mora, cuarto que utilizaba de vez en cuando para vernos, la misma que llegó en compañía de su menor hijo..., quien al llegar una vez en el cuarto me reclamó dinero y porque no le di dinero se enojó y se abalanzó ante mí agrediéndome con puñetes y con un polo que me envolvió en el cuello, luego de lo cual pude zafarme, y cuando esta se recostó en la cama, esperé casi una hora que el niño se durmiera en la otra cama y luego me acosté al lado de la ahora occisa y le puse la mano en el cuello, ante lo cual comenzó a darme arañazos en la cara y brazos, pero luego dejo de moverse; la tensión me dominó y le apreté el cuello, pero estoy arrepentido, luego al despertar el niño lo cogí y fui a mi casa de familia y lo dejé ahí... regresé al día siguiente pero no ingresé al cuarto solo me lavé en el baño de abajo y me fui, pero no sabía que hacer, por eso es que vine hoy sábado temprano a denunciar lo sucedido pero no fui totalmente sincero, por eso es que he regresado en la tarde para denunciarme a mí mismo, la conciencia no me deja tranquilo”*. Adicionalmente a la confesión, se practicaron durante la investigación preparatoria diversos elementos de convicción de cargo tendientes a corroborarla como la declaración de dos testigos que alquilaban el cuarto al imputado (donde se produjo el homicidio), el acta de levantamiento de cadáver y el acta de necropsia de la agraviada. El fiscal conjuntamente con el imputado y su abogado defensor presentaron un acuerdo provisional de terminación anticipada, proponiendo una pena base de 15 años de pena privativa de libertad, menos tres años por el beneficio de la confesión, quedando en 12 años, con la reducción de ciento cuarenta y cuatro meses por acogerse al beneficio de la terminación anticipada, obteniendo una pena concreta de 10 años de pena privativa de libertad efectiva y el pago de una reparación civil por la suma de S/. 18,000.00 a favor de la parte agraviada.



producto de “una conciencia atormentada y que quiere desembarazarse a todo trance del peso que la oprime”¹⁴, la revivificación de Raskolnikov¹⁵ en la conciencia del criminal arrepentido, amén de eventualmente acontecer otros móviles, a decir de Hinostroza Pariachi: por laxitud (ansiedad), por necesidad de explicarse (en crímenes pasionales), por lógica (interrogatorio sin salida), por orgullo (vanidad de hazañas), por esperanza o temor (evitar una pena mayor)¹⁶.

III. DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

3.1. Instrucciones previas a la declaración

El artículo 87 del CPP prescribe que los operadores jurídico-penales (jueces, fiscales, policías) antes de iniciar la declaración del imputado o acusado cumplan las siguientes instrucciones preliminares:

- a) Antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trata de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba (numeral 1).
- b) Se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Asimismo, se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un abogado defensor, y que si no puede nombrarlo se le designará un defensor de oficio. Si el abogado recién se incorpora a la defensa,

El acuerdo fue aprobado por la juez y se dictó sentencia condenatoria con los términos antes detallados.

- 14 MITTERMAIER, Kart Joseph Antón. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Buenos Aires. Editorial Hammurabi SRL. 2006, p. 231.
- 15 Rodion Romanovich Raskolnikov, personaje principal de la obra *Crimen y Castigo* (1866) de Fedor Dostoievski, narra la historia de un estudiante empobrecido que idea un plan para matar y robar a una vieja usurera para solucionar sus problemas financieros y hacer un favor a la sociedad liberándola de su maldad; sin embargo, después de ejecutado el crimen, se enferma por el recuerdo de sus acciones y se entrega para redimirse.
- 16 HINOSTROZA PARIACHI, César José. *La Confesión Sincera en el Proceso Penal y su Tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC. 2005, pp. 179-182.

- el imputado tiene derecho a consultar con él antes de iniciar la diligencia y, en su caso, a pedir la postergación de la misma (numeral 2).
- c) Será informado de que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como a dictar su declaración durante la etapa de Investigación Preparatoria (numeral 3).
 - d) Solo se podrá exhortar al imputado a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen. El Juez, o el Fiscal durante la investigación preparatoria, podrán hacerle ver los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos (numeral 4).

3.2. Desarrollo de la declaración

El artículo 88 del CPP¹⁷ precisa la siguiente secuencia de la diligencia de declaración del imputado:

- a) Primero se le requerirá al imputado que proporcione los siguientes datos personales (numeral 1):
 - a.1. 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.

17 CCP Modelo para Iberoamérica, artículo 42. *Desarrollo*. Se comenzará por invitarlo a dar su nombre, apellido, sobrenombre o apodo, si lo tuviere, edad, estado civil, profesión, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio real y legal, si lo tuviere, principales lugares de residencia anterior y condiciones de vida, nombre, estado y profesión de sus padres, cónyuge e hijos y de las personas con quienes vive, de las cuales depende o están bajo su guarda, a expresar si antes ha sido perseguido penalmente y, en su caso, por qué causa, ante qué tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida. En las declaraciones posteriores bastará que confirme los datos ya proporcionados. Inmediatamente después, se dará oportunidad al imputado para declarar cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar los medios de prueba cuya práctica considere oportuna. Tanto el ministerio público como el defensor podrán dirigir al imputado las preguntas que estimen convenientes, con la venia de quien presida el acto. El juez de la instrucción o los miembros del tribunal competente también podrán preguntar.

- a.2. Si ha sido encausado anteriormente por el mismo hecho o por otros, proporcionando los datos que permitan identificar el proceso o procesos seguidos en su contra.
- a.3. Si tiene bienes, dónde están ubicados, quien los posee y a qué título, y si se encuentran libres de gravamen.
- a.4. Sus relaciones con los otros imputados y con el agraviado.
- b) A continuación se invitará al imputado a que declare cuanto tenga por conveniente sobre el hecho que se le atribuye y para indicar, de ser posible o considerarlo oportuno, los actos de investigación o de prueba cuya práctica demande (numeral 2).
- c) Luego se interrogará al imputado. En la Etapa Preparatoria lo harán directamente el fiscal y el abogado defensor. En el juicio participarán en el interrogatorio todas las partes mediante un interrogatorio directo. El juez podrá hacerlo, excepcionalmente, para cubrir algún vacío en el interrogatorio (numeral 3).
- d) En el interrogatorio, las preguntas serán claras y precisas, no podrán formularse preguntas ambiguas, capciosas o sugestivas. Durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión (numeral 4).
- e) Podrá realizarse, en dicho acto, las diligencias de reconocimiento de documentos, de personas, de voces o sonidos, y de cosas, sin perjuicio de cumplir con las formalidades establecidas para dichos actos (numeral 5).
- f) Si por la duración del acto se noten signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración será suspendida, hasta que ellos desaparezcan (numeral 6).
- g) Durante la Investigación Preparatoria, el acta que contenga la declaración del imputado reproducirá, del modo más fiel posible, lo que suceda en la diligencia. El imputado está autorizado a dictar sus respuestas. La diligencia en dicha etapa finalizará con la lectura y firma o, en su caso, la impresión digital, del acta por todos los intervinientes. Si el imputado se niega a declarar, total o parcialmente, se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla se consignará el motivo (numeral 7).

3.3. Objetivos de la declaración

Las técnicas de interrogatorio¹⁸ aplicables a todo **órgano de prueba** (imputado, testigo, perito), que declara en un proceso penal de corte acusatorio adversarial, buscan los siguientes objetivos: 1) Solventar la credibilidad del declarante, 2) Acreditar las proposiciones fácticas de nuestra teoría del caso, 3) Acreditar e introducir al juicio la prueba material (objetos y documentos) y 4) Obtener información relevante para el análisis de otra prueba.

3.4. Técnicas de interrogatorio

- a) **Cine:** Significa instalar en la mente del juzgador, con ese nivel de precisión y realismo las imágenes y los movimientos, las secuencias, aproximando la cámara a los rincones relevantes del relato. No basta que el declarante mencione la proposición fáctica para que el litigante pueda darla por tratada, “mencionar un tema” no es lo mismo que “acreditar un tema”. El título del cuento no es el cuento. Un buen examen directo ofrece la precisión de la fotografía y la comprensión del cine. No hacemos que “escuche” al declarante, hacemos que “presencie” lo que él presenció.
- b) **Dieta:** Hay que discriminar información, seleccionar aquella más relevante y valiosa para fortalecer y probar nuestra teoría del caso, no llenar al tribunal de información distractiva del núcleo central debatido, perdiendo información valiosa en un mar de detalles insignificantes. No consiste en guiar al declarante para que diga todo lo que sabe, sino más bien, para que diga todo lo que sirve, para que los jueces puedan obtener información completa, organizada y clara.

3.5. Tipos de preguntas

- a) **Preguntas abiertas:** El declarante tiene amplia libertad para expresarse en sus propias palabras sin que el abogado limite, restrinja o sugiera ciertas palabras para la declaración. Eleva la credibilidad del declarante, pero puede incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés, incluso la declaración de ideas o principios, que pueden afectar la comprensión de información relevante por

18 Mayor información sobre técnicas de interrogatorio ver: Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J. *Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba*. Editorial Alternativas S.R.Ltda. Lima. 2005, pp. 109 a 289.

el juez; en tal caso, debe efectuarse preguntas cerradas de seguimiento, interrumpiendo cortésmente. Ejemplo: ¿qué actividades realizó el 13 de agosto del 2008?

- b) **Preguntas cerradas:** Invitan al declarante a escoger una de entre varias respuestas posibles y por lo mismo focalizan la declaración en aspectos específicos del relato. El declarante tiene plena libertad, pero dentro de un entorno de información muy específica. La ventaja es el control del litigante para obtener información relevante sobre puntos específicos, refresca la memoria al declarante poco apto. La desventaja es un eventual impacto en la credibilidad. Ejemplo: ¿cómo estaba vestido el imputado?
- c) **Preguntas sugestivas:** Están prohibidas en el examen directo y permitidas en el contraexamen. Son aquellas que incorporan su propia respuesta, son las preguntas más cerradas de todas, ya que solo permiten al declarante confirmar o negar su contenido, quien realmente está declarando es el abogado en su pregunta, pone las palabras de la respuesta en la boca del declarante. Hace perder credibilidad en el declarante. Ejemplo: ¿Vio al acusado realizar dos disparos contra el agraviado?

Un buen examen directo integra con frecuencia tanto preguntas abiertas como cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos. La intensidad de una u otra pregunta dependerá del tipo de declarante. El litigante debe utilizar introducciones y transiciones para ubicar al declarante en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato. Un litigante va al juicio a exponer información, no a buscarla, no hace en el juicio preguntas que no conoce, cada vez que hago la pregunta, es porque conozco la respuesta y sé cómo encaja ella en mi teoría del caso. El juicio no es una instancia de investigación.

3.6. Preguntas objetables:

Técnicamente la objeción es un incidente, debe ser planteada tan pronto sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del declarante, debiendo manifestarse oralmente la causal específica que se invoca. Las objeciones son una decisión estratégica y como litigante objetaré cada vez que una pregunta mal formulada pueda dañar mi caso y no cada vez que haya solo una pregunta mal formulada, porque puede generar una predisposición negativa del juzgador.

- a) **Preguntas sugestivas:** Ella misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta, quien declara en definitiva es el abogado, poniendo las palabras en la boca de su propio declarante. Está prohibido en el examen directo y permitido en el contraexamen. Se aceptan por razones de economía procesal, las preguntas de *sugestividad irrelevante*, cuando la respuesta a la pregunta no admite más que una sola formulación de la realidad, entonces se torna irrelevante. Ejm. ¿es Ud. la madre del acusado?
- b) **Preguntas capciosas o engañosas:** Inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este modo a la parte que las formula. Ejm. ¿Ud. vio que el 15 de julio del 2008 el imputado agredió al agraviado en el parque?. Los hechos inculpativos datan del 15 de junio del 2008.
- c) **Preguntas destinadas a coaccionar ilegítimamente:** Acontece cuando se coarta de manera significativa su libertad para formular sus respuestas, su utilización depende de factores como quién es el declarante, qué se está examinando, cuál es el desarrollo del testimonio, qué es lo que está en juego y cuál es el aporte. Ejm. Diga la verdad el acusado sino la justicia actuará con mayor severidad en su condena ¿Ud. Lo mató?
- d) **Preguntas formuladas en términos poco claros:** No permiten comprender al declarante, con claridad, cuál es el tema que se indaga, evita introducir información de baja calidad. Puede ser confuso (poco claro), ambiguo (sugiere distintas cuestiones) y vago (amplitud). Ejm. ¿Qué hizo el 20 de junio?
- e) **Preguntas impertinentes o irrelevantes:** No tienen relación sustancial con los hechos que son objeto de prueba, no avanza la teoría del caso y tampoco son relevantes para decidir el asunto litigioso por el tribunal. Ejm. ¿Ha tenido Ud. relaciones sexuales antes que el acusado le realice tocamientos en sus partes íntimas?. El delito es de actos contrarios al pudor.
- f) **Preguntas por opiniones o conclusiones:** El rol del declarante es relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos o de hechos que pertenecen a su estado mental en un momento determinado en la medida que son legos, a excepción de los peritos. Ejm. ¿Cree Ud. que el acusado es culpable?
- g) **Pregunta repetitiva:** Preguntada y respondida. En el caso del examen directo busca intensificar, con la repetición, el valor emotivo



o prejudicial de una información (valor agregado). En el contraexamen busca que el declarante cometa un error y se contradiga con su declaración anterior (“que pise el palito”). Los jueces deben ser flexibles, pues lo relevante es el por qué estoy repitiendo.

- h) **Pregunta que tergiversa la prueba:** La formulación de la pregunta cambia o altera la información que efectivamente ha incorporado, al juicio, la prueba respectiva o la pregunta incluye información que no ha sido objeto de prueba en el juicio. Ejm. ¿Cómo es posible que Ud. Haya observado que el acusado ha lesionado al agraviado en la espalda, si la pericia médico legal ha concluido que éste no tiene lesiones? La pericia ha concluido con 10 días de asistencia facultativa.
- i) **Preguntas compuestas:** Cuando una pregunta contiene en realidad más de una pregunta, incorpora en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Se le invita al declarante a responder a la última pregunta contenida en la frase, pretendiendo que cuando responde lo está haciendo también respecto a todo el resto de la información. Ejm. ¿Dónde compró la pasta básica de cocaína y qué cantidad de “ketes” tenía? Sin preguntar antes si el acusado tenía en su poder droga o la clase de droga.

IV. CONCEPTO DE CONFESIÓN

4.1. En doctrina extranjera

Para Parra Quijano: “La confesión es la declaración del acusado (en sentido genérico), por la cual narra o reconoce ser el autor de unos hechos que la ley penal describe como delito”¹⁹.

Para Cafferata Nores: “La confesión es el reconocimiento del imputado, formulado libre y voluntariamente ante la autoridad judicial, acerca de su participación en el hecho en que se funda la pretensión represiva ya deducida en su contra”²⁰.

19 PARRA QUIJANO, Jairo. *Manual de Derecho Probatorio*. Tercera edición. Bogotá. Ediciones Librería del Profesional. 1992, p. 180.

20 CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el Proceso Penal con especial referencia a la Ley N° 23894*. Cuarta edición. Buenos Aires. Desalma. 2001, p. 159.



4.2. En doctrina nacional

Para Mixán Mass: “La confesión en el procedimiento penal es un acto procesal que consiste en la declaración necesariamente personal, libre, consciente, sincera, verosímil y circunstanciada que hace el procesado, ya sea durante la investigación o en el juzgamiento, aceptando total o parcialmente su real autoría o participación en la perpetración del delito que se le imputa”²¹.

Para San Martín Castro: “La confesión es la declaración que en contra de sí hace el imputado, reconociéndose culpable del delito y demás circunstancias. En rigor, la confesión importa la admisión del imputado de haber cometido una conducta penalmente típica, aún cuando contenga alegaciones encaminadas a atenuar o excluir la pena”²².

V. CONTENIDO

El contenido de la confesión es la admisión del imputado de los cargos o imputación formulada en su contra (artículo 160.1 del CPP). La confesión del imputado se encuentra exclusivamente referida a los **hechos y sus circunstancias**, descartándose **aspectos jurídicos** de reconocimiento de criminalidad, tipicidad, culpabilidad, responsabilidad o grado de participación, así como tampoco **aspectos subjetivos** como juicios de valor. No basta el mero reconocimiento de responsabilidad en términos generales o imprecisos, sino el relato expreso y pormenorizado de **cómo** se desarrollaron los hechos objeto de imputación, como expresión del *animus confitendi*. No basta decir “yo he matado a una persona”, sino que valdrá como confesión cuando contenga la descripción detallada de las circunstancias del homicidio y su ubicación espacio temporal, con especial referencia a las diferentes etapas del *iter criminis*, desde la ideación del plan criminal, los primeros actos preparatorios y finalmente la consumación del delito, los móviles, la ubicación de los objetos, instrumentos o huellas del delito; de ser el caso, la identificación y participación de otros sujetos, entre otros datos útiles para la reconstrucción del evento delictivo²³.

21 MIXAN MASS, Florencio. *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Lima. Ediciones Jurídicas. 1999, p. 59.

22 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda edición. Lima. Grijley. 2003, p. 840.

23 Como criterios valorativos del aporte significativo de la confesión, puede servir como referencia el artículo 72 del CPP de 1940: La instrucción tiene por objeto reunir la



VI. CLASES

Según contenido

6.1. Confesión simple

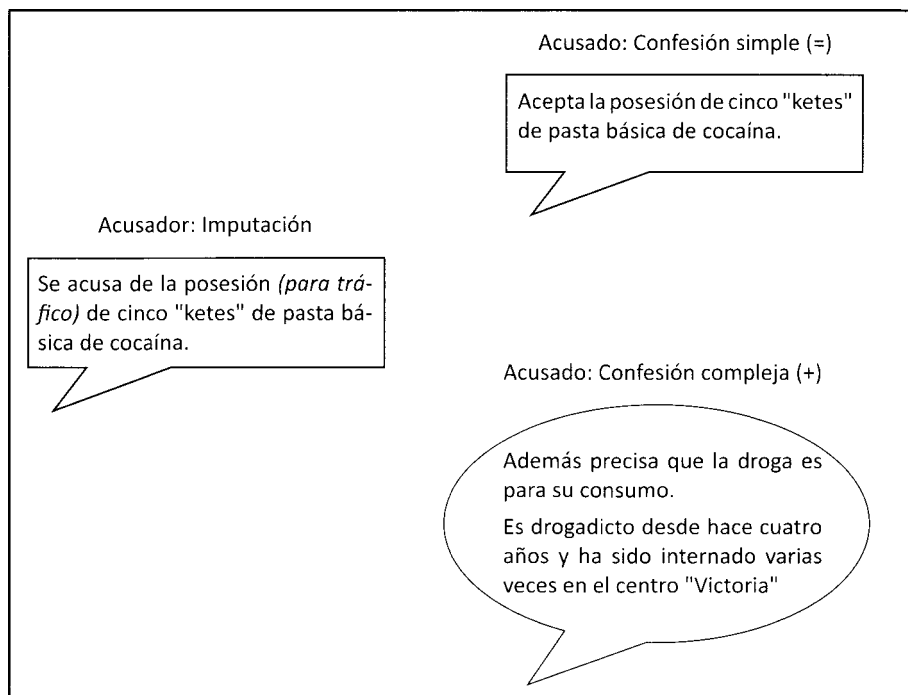
Cuando el imputado asume exclusivamente los hechos que le son objeto de imputación, por ejemplo, el sujeto agente confiesa simple y llanamente que poseía un revólver con dos caserinas, sin licencia oficial, a las dieciocho horas del día 15/01/2008, hecho coincidente con la descripción de la tesis acusatoria del delito de tenencia ilegal de armas de fuego (artículo 279 del CP), obviando inconsciente o deliberadamente informar otros datos relevantes para la individualización judicial de la pena (artículo 46.4 del CP), como haber efectuado –inmediatamente antes de su captura– disparos al aire en una zona residencial, lo cual no forma parte de las proposiciones fácticas de la teoría del caso de la acusación.

6.2. Confesión compleja

Cuando el imputado añade elementos fácticos que complementan la descripción de los hechos principales o nucleares de imputación fiscal, que permiten modificar (atenuar, agravar o excluir) su responsabilidad penal, por ejemplo, el imputado reconoce la posesión de pasta básica de cocaína envueltos en bolsas de polietileno, denominada vulgarmente como “ketes” en número de cinco, los cuales sometidos a la prueba de descarte y pesaje arroja un peso neto de cinco gramos, coincidente *a priori* con la tesis inculpativa del delito de micromercialización de drogas (artículo 298 del CP), luego agrega que es drogadicto desde hace cuatro años, habiendo sido internado reiteradas veces en un centro de rehabilitación de la ciudad y la droga que poseía al momento de su intervención, estaba destinada para su propio e inmediato consumo (artículo 299 del CP).

prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirvan para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados.

CUADRO N° 01



VII. REQUISITOS INTRÍNSECOS

7.1. Es realizada por el imputado

La calidad de imputado²⁴ alude a la persona a quien se atribuye su participación en un hecho delictivo²⁵, que comprende desde el primer acto

24 CPP Chile, promulgado por Ley 19.696 (12/10/2000), artículo 7. *Calidad de imputado*. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

25 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 6. *Calidad del imputado*. Las facultades que las leyes fundamentales del Estado y este Código otorgan al imputado puede hacerlas

de la etapa de investigación preparatoria (dividido en la fase de investigación preliminar y la fase de continuación y formalización de investigación preparatoria propiamente dicha), pasando por la etapa intermedia, hasta la etapa del juzgamiento (hasta antes de la expedición de la sentencia condenatoria firme). Por ello, se afirma que la confesión solo tiene lugar en el marco de un proceso penal.

7.2. Es una declaración de parte

No debe confundirse con el testimonio que corresponde a toda persona hábil (distinto al imputado) para prestar testimonio sobre lo percibido por los sentidos, en relación con los hechos objeto de prueba. Consiste en relatos, aclaraciones y explicaciones efectuadas por el imputado sobre su caso (artículo 376.2.a. del CPP).

7.3. Es personalísima

La confesión del imputado es insustituible e irremplazable –*intuitio personae*–, está absolutamente prohibida hacerla por medio de apoderado o representante.

7.4. Es oral

La confesión será exteriorizada a *viva voz* por el imputado, esto es, mediante al palabra hablada, en presencia del fiscal o juez (inmediación). No vale como confesión, las declaraciones juradas contenidas en documentos, sino han sido reproducidas por el confesante en forma personal y oral ante la autoridad competente, con la participación de su abogado defensor. Claro está que si estamos ante un imputado mudo, sordo o sordo mudo declarará por medio de intérprete (artículo 171.1 del CPP).

7.5. Es en el idioma del declarante

El idioma es parte del desarrollo de nuestra personalidad y representa la forma innata de expresión de nuestras ideas, por tanto, en caso el imputado hable en idioma diferente al castellano, deberá nombrarse un intérprete que le auxilie en el interrogatorio (artículo 171.1 del CPP).

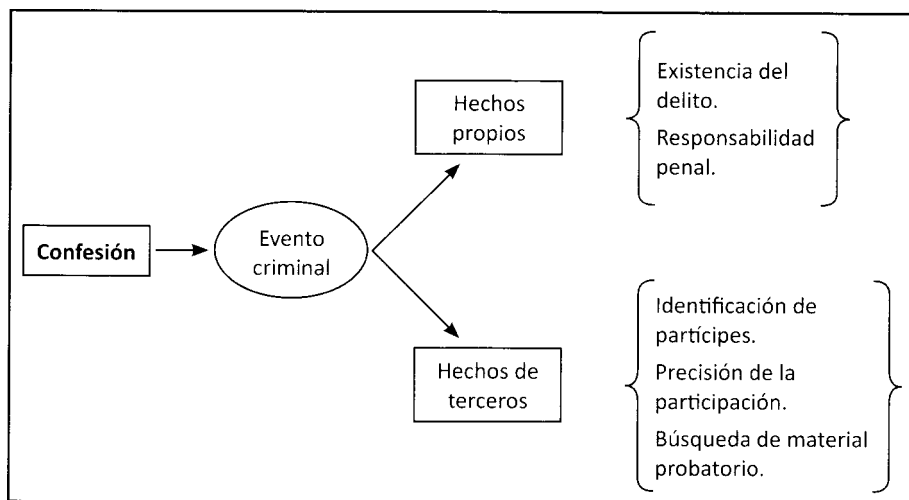
valer la persona a quien se le atribuye la participación en un hecho punible desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal que este Código establece.



7.6. Tiene por objeto hechos

Pueden ser hechos personales del confesante (artículo 160.1 del CPP) o sobre hechos ajenos de terceros vinculados siempre con los cargos o imputación formulada en su contra. La confesión recae sobre los hechos que el confesante conozca por recepción de sus sentidos, que tiene lugar cuando reconoce ser el autor del delito y/o proporciona la identidad y la descripción de la conducta de los demás partícipes.

CUADRO N° 02



7.7. Tiene una significación probatoria

No implica que necesariamente pruebe la integridad del hecho objeto de imputación, pero si el aspecto sustancial o nuclear de la hipótesis normativa del tipo delictivo, ocurre cuando el imputado narra como aprovechando su condición de cajero, se apropió sistemáticamente, en un mes de la suma, de S/. 5,000.00 de la empresa donde labora, mientras que la hipótesis fiscal hace referencia a un monto mayor de S/. 8,000.00, sin embargo, la significación probatoria reside en que el aporte informativo por sí mismo es suficiente para subsumir la conducta en la hipótesis normativa del delito de apropiación ilícita (artículo 190 del CP).

7.8. Es consciente: requisito subjetivo interno del *animus confitendi*

Intención de confesar, es decir, interés en ejecutar ese acto y no otro. No debe ser el resultado de métodos violentos que destruyan la volun-

tariedad del acto, quedando proscrita la tortura en cualquiera de sus manifestaciones con el objeto de arrancar una confesión.

7.9. Es expresa y terminante

No hay confesiones implícitas, que resulten de razonamientos inductivos de la interpretación de las declaraciones escritas u orales del imputado. Es indispensable que no haya dudas acerca de la declaración y de su contenido. Debe ser expresa, cierta, terminante, no vaga, ni genérica, ni implícita. No es suficiente decir: "Yo he lesionado a la víctima", debe ser circunstanciado. Tampoco vale cuando se dice "creo haber hecho esto o aquello", debe ser explícito.

7.10. Es divisible o fraccionable

Pudiéndose tomar de ella la parte que parezca sincera y útil, rechazando las demás partes que no lo parezcan, en otras palabras, las declaraciones confesorias son separables y valorables en cada una de sus partes. Ejemplo: un imputado ante una investigación formalizada en concurso real de dos delitos, confiesa haber cometido un delito, pero niega el otro.

VIII. REQUISITOS EXTRÍNSECOS

8.1. Sea prestada ante el juez o fiscal (artículo 160.2.c del CPP)

Solamente es aceptable la confesión *intra proceso*, esto es, la realizada por el imputado en el marco de instauración de un proceso penal, recepcionada por el fiscal o juez competente²⁶, según la etapa del proceso en que se produce.

a) Durante la investigación preparatoria

En la **etapa de investigación preparatoria**, la confesión será recepcionada exclusivamente por el **fiscal**, por tener a su cargo la conducción de la investigación desde el inicio (artículos IV.1 y 61.2

26 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 48: *Facultades policiales*. La policía no podrá interrogar autónomamente al imputado. Solo podrá dirigirle preguntas para constatar su identidad, con todas las advertencias y condiciones que establecen los artículos 41 y 45. En caso de que el imputado manifieste su deseo de declarar, deberá instruirlo acerca de su declaración inmediata ante el ministerio público o un juez y facilitarle la posibilidad de tomar notas para no perjudicar su memoria actual, notas que solo utilizará libremente el imputado durante su declaración.



del CPP), lo que posibilitará más adelante el requerimiento de un proceso inmediato o de una terminación anticipada del proceso, según el caso. En el curso de las actuaciones procesales y en todas las etapas del proceso, el imputado tiene derecho a prestar declaración y a ampliarla cuando sea conveniente según la estrategia de defensa diseñada (artículo 86.1 del CPP).

El aforismo “*el tiempo que pasa es la verdad que huye*”, contrastado en la práctica judicial, nos permite concluir que la confesión del imputado generalmente tiene lugar durante las primeras diligencias de la **investigación preliminar**, esto es, dentro del plazo legal de 20 días, ampliado según la complejidad y circunstancias del caso (artículo 334.2 del CPP), la misma que forma parte integrante de la etapa de investigación preparatoria, una vez expedida la disposición fiscal de continuación y formalización respectiva.

La Policía Nacional en su función de investigación, bajo la conducción del fiscal, puede recibir la manifestación de los presuntos autores o partícipes de delitos, con presencia obligatoria de su abogado defensor. Si éste no se halla presente, el interrogatorio se limitará a constatar la identidad de aquellos (artículo 68.1.i del CPP). Si bien es cierto, que el fiscal puede disponer que algunas diligencias sean realizadas por personal policial, bajo su conducción y control (artículo 65.3 del CPP), para el caso de la confesión del imputado no podrá aplicarse tal delegación, debiendo el fiscal intervenir **personalmente** en la recepción de la declaración, dejándose constancia en acta de su participación, conjuntamente con el abogado defensor.

b) Durante la etapa intermedia

Concluida la investigación preparatoria con requerimiento de acusación y aperturada la **etapa intermedia** bajo la dirección del Juez de Investigación Preparatoria (artículo 351.2 del CPP), la confesión al tener la naturaleza jurídica procesal de medio de prueba, también corresponde ser recepcionada directamente por el fiscal, debido a que en la misma audiencia preliminar de control de acusación, no pueden actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas (artículo 351.1 del CPP). La confesión es admitida como excepción a la regla de precluir toda actividad indagatoria del fiscal con la conclusión de la investigación preparatoria, esto porque cabe la posibilidad de instar la aplicación de un criterio de oportunidad en la audiencia preliminar de control de acusación (artículo 350.1.e del CPP), como el principio de oportunidad, acuerdos



reparatorios e incluso la terminación anticipada del proceso, los cuales presuponen el reconocimiento de responsabilidad penal del imputado.

La confesión no debe ser confundida con la **convención probatoria** que tiene lugar en la audiencia preliminar de control de acusación (artículo 350.2 del CPP), la misma que en rigor representa una *propuesta* (acto bilateral) *de los hechos* que los sujetos procesales –ordinariamente entre fiscal e imputado– aceptan y que el juez podrá darlos por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio o desvincularse de esos acuerdos (acto condicional); como se advierte la convención probatoria es sustancialmente diferente a la confesión básicamente por el carácter *unilateral e incondicional* de éste último.

c) Durante la etapa de juzgamiento

La confesión deberá recepcionarse por el juez penal (unipersonal o colegiado), al tener a su cargo la dirección del juicio oral (artículo 28.3.a del CPP), e incluso la actuación probatoria reconoce el primer orden a la declaración del acusado, pudiendo rechazar o aceptar ser interrogado.

La confesión en la etapa final del proceso permite la conclusión anticipada del juicio (artículo 372 del CPP), la misma que tiene lugar cuando, el juez después de haberle instruido de sus derechos, le pregunta si admite ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil (numeral 1) entonces si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el juez declarará la conclusión anticipada del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia de conformidad se dictará en la misma sesión o dentro de las 48 horas (numeral 2), la misma que aceptará los términos del acuerdo previo análisis de su legalidad (numeral 5).

8.2. Sea prestada en presencia de su abogado (artículo 160.2.c del CPP)

La presencia del abogado defensor en la declaración del imputado, brindada ante la autoridad fiscal o judicial, en el marco de una investigación penal, resulta imprescindible a efectos de que pueda ser informado previamente de los efectos jurídicos de renunciar a su derecho a la no autoincriminación y para darle validez a la confesión como medio de prueba

lícito. La presencia del abogado tiene lugar desde los actos iniciales de la investigación, esto es, desde que su patrocinado fuere citado o detenido por la autoridad fiscal o policial (artículos 71.2.c y 84.1 del CPP). Durante la investigación preparatoria, el imputado, sin perjuicio de hacerlo en la policía, prestará declaración ante el fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor, cuando éste lo ordene o cuando este lo solicite (artículo 86.2 del CPP). De otro lado, se garantiza la defensa gratuita a todos aquellos imputados o acusados que, dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de sus elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y del debido proceso (artículo 80 del CPP).

8.3. Sea previamente instruido el imputado de sus derechos (artículo 87 del CPP)

Antes de comenzar la declaración, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables (numeral 1). Se le advertirá que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio (numeral 2). Se le informará de que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como dictar su declaración durante la etapa de investigación preparatoria (numeral 3). Se le informará los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos (numeral 4).

La garantía a la información oportuna, comprensible y veraz de los derechos del investigado detenido, se ratifica en la obligación de la policía de poner al detenido inmediatamente a disposición del juez de investigación preparatoria, cuando se trata de la ejecución de una detención preliminar judicial, procediendo a examinar al imputado a fin de verificar su identidad, designarle un abogado de oficio sino cuenta con abogado particular y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales, procediéndose a levantar un acta (artículo 71 del CPP). Luego de la sumarísima diligencia judicial antes descrita, recién es puesto el imputado a disposición del fiscal, para que proceda a interrogarlo y requiera la medida coercitiva personal que corresponda según su estrategia de investigación.



8.4. Esté debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción (artículo 160.2.a del CPP)

La sola autoincriminación del imputado, sin prueba que lo corrobore, no puede servir de base para emitir una sentencia condenatoria. La confesión impone la actuación probatoria de carácter *indispensable* a la confirmación de los hechos inculpativos antes reconocidos²⁷, esto es, de aquellos medios probatorios dirigidos concretamente a corroborar los datos relevantes de la información proporcionada por el imputado, en conexión con las proposiciones fácticas de la teoría del caso acusatoria. La confesión debe probarse por otros medios, es indispensable *probar la prueba*: cuando ocurrió, en qué lugar, ante quiénes, de qué manera: por eso se dice que es una *probatio probanda* o prueba por probar²⁸.

8.5. Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas (artículo 160.2.b del CPP)

La manifestación del imputado debe ser libre y espontánea, vale decir, no provocada por medio coactivo alguno²⁹, excluyéndose aquel reconocimiento de cargos obtenidos con procedimientos prohibidos por los

27 CPP 1940, artículo 136: “La confesión del inculpaado corroborada con prueba, releva al Juez de practicas las diligencias que no sean indispensables, pudiendo dar por concluida la investigación siempre que con ello no se perjudique a otros inculpaados o que no pretenda la impunidad para otro, respecto del cual existen sospechas de culpabilidad”.

28 Expediente N° 864-2008. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra Jesús Alberto García Salas, por el delito de lesiones culposas tipificado en el artículo 124, segundo párrafo del CP, en agravio de Nilo Javier Loaiza León. A pesar de la confesión del imputado, se desaprobó el acuerdo provisional de terminación anticipada por insuficiencia probatoria, debido a la falta de elementos de convicción para acreditar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia) del imputado en la producción de las lesiones al agraviado, como consecuencia de un accidente de tránsito de vehículos (choque), no habiéndose practicado durante la investigación ninguna pericia (como el ITC informe técnico criminalístico para accidentes de tránsito), para determinar los factores predominantes (ejm. velocidad excesiva del vehículo en atención al lugar) y/o contributivos (ejm. ebriedad del conductor), máxime si el imputado contaba con licencia de conducir y se encontraba sobrio, habiéndose acompañado solo elementos probatorios objetivos de las lesiones.

29 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 45: *Métodos prohibidos para la declaración*. En ningún caso se le requerirá al imputado ratificación solemne de su exposición, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellas re- expresamente autorizadas por la ley penal o procesal, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconven- ciones tendientes a obtener su confesión.

tratados internacionales sobre derechos humanos y la legislación nacional interna, tales como la tortura física o psíquica o incluso la formulación de preguntas capciosas o sugerentes, puesto que la libertad y espontaneidad del confeso, constituyen los elementos esenciales para su actuación y posterior valoración.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁰, en su artículo 5, ha reconocido que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (inciso 1). “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (inciso 2).

Por su parte, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes³¹, en su artículo 1, ha definido como “tortura a todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

En este contexto normativo internacional, la Constitución Política del Estado en su artículo 2.24.h prescribe que “nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí

Toda medida que menoscabe la libertad de decisión del imputado, su memoria o capacidad de comprensión y dirección de sus actos está prohibida, en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados “sueros de la verdad”, “detectores de mentiras” y la hipnosis.

- 30 Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José de Costa Rica del 07 al 22 de noviembre de 1969, ratificada por el Perú.
- 31 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, ratificada por el Perú.



misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por violencia. Quien las emplea incurre en responsabilidad”.

Por su parte, el CPP ha establecido como derechos del imputado en su artículo 71.1.e, que “no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a su dignidad, ni ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley”. Asimismo, como garantía de la declaración del imputado, en su artículo 88, se exige que “durante la diligencia no podrá coactarse en modo alguno al imputado, ni inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión” (numeral 4). Tales son los derechos y garantías de protección de su declaración indagatoria en libertad y en estado normal de las facultades psíquicas que “si por la duración del acto se noten signos de fatiga o falta de serenidad en el imputado, la declaración se suspenderá, hasta que ellos desaparezcan” (numeral 6).

a) Narcoanálisis

La normalidad de las facultades psíquicas del imputado como requisito de validez de su declaración, descarta aquellos métodos y técnicas psicológicas que le provoquen una disminución del control consciente de sí mismo, debilitando las facultades de auto-defensa, como el narcoanálisis, que consiste en poner al sujeto examinado en estado de subnarcosis, las facultades de crítica y de inhibición disminuyen gravemente, pero conservando la posibilidad de comunicarse con el examinador, logrado tal estado mediante el suministro por vía endovenosa de preparados como pentothal, escopolamina, mescaína, evitan y narcover, eunacor, narconumal. Al respecto, el V Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Bruselas, en agosto de 1958, adoptó que “todos los procedimientos de investigación científica que constituyan un atentado contra la personalidad humana, como el narcoanálisis, deben excluirse de entre los medios de instrucción judicial”.

b) Polígrafo

También existen otras técnicas que tienden a controlar pura y simplemente la verdad de las declaraciones del sujeto, aprovechándose de sus reacciones psicológicas ante estímulos síquicos, como el polígrafo, mal llamado “detector de mentiras”, consistente en un



aparato que mide y registra los disturbios emocionales o reacciones que sirven de estímulo, esto es, pueden relevar el estado de inquietud que acompaña a la mentira, pero nunca esta, se basa en la experiencia de que la marcha de la respiración corporal, el grado de las transpiraciones, el pulso, la presión arterial, entre otros síntomas, suelen cambiar cuando el declarante dice conscientemente falsedades. Bajo el principio de libertad probatoria, puede admitirse el uso del polígrafo en el proceso penal, porque no pone al sujeto en estado de incapacidad de entender o de querer, sino simplemente a pretender darle mayor credibilidad a la declaración del imputado, lo cual no obsta de la exigencia de la confirmación de lo declarado con otros medios de prueba.

8.6. Debe ser sin prestar juramento o promesa de honor

La confesión tiene la naturaleza de medio de defensa, el imputado puede negarse o aceptar declarar, según su estrategia de defensa, como garantía del derecho a la no autoincriminación, pudiendo exponer los hechos con prescindencia (total o parcial) de su veracidad según su propio interés, es decir, puede mentir sin que tal conducta tenga consecuencias penales negativas de carácter sustantivo (no constituye otro delito, atípico) o de carácter procesal (no se presume su culpabilidad). Distinta es la situación de los testigos, quienes tienen la obligación legal de decir la verdad, siendo calificada toda desviación intencional de la verdad (ocultarla, modificarla, falsearla) como delito. Tampoco la autoridad encargada del interrogatorio debe exhortar al imputado a que diga la verdad como antes lo exigía el artículo 132 del CPP de 1940 "el juez instructor deberá exhortar al inculpaado para que diga la verdad"³²,

32 Expediente N° 2547-2008. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra María del Pilar Vargas Riveros, por el delito de estafa tipificado en el artículo 196 del CP, en agravio de Pedro José Vargas Calderón y Amelia Montes Castro. Resulta anecdótico que con fecha 12/10/2007, cuando ya se encontraba vigente el NCPP en el Distrito Judicial de La Libertad a partir del 01/04/2007, en las oficinas de la Policía de Apoyo al Ministerio Público del Complejo "Alcides Vigo Hurtado" de la ciudad de Trujillo, un SOT.1 PNP, procedió a tomar la declaración de una imputada durante las diligencias preliminares, sin la presencia del Fiscal, precisando el "instructor" en la introducción del acta y antes de iniciar el interrogatorio lo siguiente: "...dejándose constancia a la manifestante que se le hace conocer sobre su deber de decir la verdad de la responsabilidad penal en que incurriría en caso de no cumplir con dicho deber, tomándose el juramento correspondiente, así como se le hace saber los hechos que se investigan y a la vez se le explica

solamente el imputado puede ser exhortarlo a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formulen, e incluso el juez o fiscal durante la investigación preparatoria, podrá hacerle ver los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos (artículo 87.4 del CPP).

8.7. Es registrada en forma fidedigna

La declaración del imputado quedará registrada en el soporte documental (acta)³³ o técnico (sistema de audio)³⁴, que acreditará fielmente –con sus propias palabras– la forma como respondió³⁵, no debiendo sustituirse o reemplazarse lo manifestado por el imputado³⁶, con la excusa de “entenderse mejor así”, al punto de desnaturalizar su real significado dentro del texto y contexto empleado, lo que no obsta que el interrogador pueda realizar las preguntas aclaratorias pertinentes en caso de emplearse expresiones oscuras o ambiguas, para que el propio imputado explique el significado de la utilización de determinadas palabras o jergas, no comprensibles en el lenguaje usual. En resumen, durante la investigación preparatoria, el acta que contenga la declaración del imputado reproducirá, del modo más fiel posible, lo que suceda en la diligencia, estando autorizado el imputado a dictar sus respuestas (artículo 88.7 del CPP).

el contenido y alcance de los supuestos derechos que configura, quien procede a declarar voluntariamente y en presencia de su abogado defensor doctor...”. En la última pregunta, la imputada responde “leída que fuera mi presente manifestación y encontrándola conforme en todas sus partes me ratifiqué firmándola en presencia del instructor que certifica”. Nótese el grave desconocimiento de los requisitos legales de validez de la declaración indagatoria de un imputado por parte de los operadores del Sistema de Justicia Penal, específicamente del policía “instructor” y sobre todo del abogado defensor particular.

- 33 La declaración del imputado prestada ante el fiscal durante la etapa de investigación preparatoria queda registrado en acta.
- 34 La declaración del imputado ante el juez durante la etapa de juzgamiento queda registrado en audio.
- 35 CPP Modelo para Iberoamérica, artículo 43: *Acta en el procedimiento preparatorio*. Durante el procedimiento preparatorio las declaraciones del imputado constarán en acta que se producirá, del modo más fiel posible, lo que suceda en la audiencia; las declaraciones, en lo posible, con las propias palabras del imputado.
- 36 CPP de 1940, artículo 129: Las respuestas del inculpado las dictará el juez instructor al escribano, advirtiéndole antes a aquel y a su defensor, que tiene facultad de hacer las rectificaciones que juzgue necesarias.

IX. REQUISITOS LEGALES “ADICIONALES”

El CPP, en su artículo 161, establece expresamente que la confesión debe ser “sincera” y “espontánea”, para justificar la reducción de la pena, por ello, será preciso analizar cual es el significado usual de tales conceptos recurriendo al mismo diccionario usual, a efectos de ser entendidos en su real contexto jurídico.

9.1. Sincera

Sincerarse es explicar alguna cosa de la que uno se cree culpable, sinónimo de veraz, entendido para efectos de comprensión de la confesión, como la veracidad o más propiamente la *verificabilidad* de la información de los hechos proporcionados por el imputado sobre el evento delictivo, a partir de su confrontación con otros medios de prueba.

9.2. Espontánea

Espontáneo es aquello “voluntario o de propio impulso”, se relaciona con la libertad de voluntad del declarante, o sea, la imposibilidad de obtener la declaración mediante coacción, sugestión o mediante engaño.

La “sinceridad y espontaneidad”, no constituyen en rigor requisitos legales “adicionales”, sino requisitos intrínsecos, dado que toda confesión en un sistema procesal moderno acusatorio garantista, centralizado en la figura del imputado como **sujeto** de derechos y garantías, es por definición sincera y espontánea, es decir, debe obedecer a una libre decisión del imputado, sin mediación alguna de violencia, amenaza o engaño en su formación, y solo tendrá eficacia probatoria si puede ser confirmada con el resto de materia probatoria.

Ejemplo: En el proceso por delito de seducción tipificado en el artículo 175 del Código Penal (no derogado tácticamente por Ley N° 28251), el imputado “A”, con la asesoría técnica de su abogado, decide declarar ante el fiscal o juez según el estado procesal, aceptando haber mantenido relaciones sexuales consentidas, con la menor agraviada de 17 años de edad, precisando haberle mentido sobre su estado civil de soltero, siendo casado, así como haberle ofrecido contraer matrimonio y ayudarlo en sus estudios universitarios, lo que se **corrobora** con la versión de la agraviada y el certificado médico legal practicado a la agraviada que certificada la desfloración reciente de himen.

X. REQUISITOS DESARROLLADOS POR LA JURISPRUDENCIA

Una de las novedades del CPP constituye la regulación de los requisitos de existencia y validez de la confesión contenidos en los artículos 160 y 161, como resultado de la evolución conceptual desarrollada por la jurisprudencia nacional a partir de la interpretación de la fórmula abierta del artículo 136 del Código de Procedimientos Penales de 1940 que limitó la configuración de la confesión a la sola exigencia de corroboración de los hechos confesados con otras pruebas.

Los principales criterios esbozados en la jurisprudencia nacional³⁷, para calificar la aceptación de cargos del imputado como medio probatorio de confesión, son:

10.1. Uniformidad

Implica que la versión que proporciona el imputado –si se ha fraccionado en varias declaraciones– debe ser, en términos generales, coincidente una con otra en sus aspectos elementales (coherente), estableciéndose una relación de semejanza o complemento. No obstante lo expuesto, la confesión no debe descartarse si durante la investigación el imputado inicialmente negó los hechos incriminatorios y luego en el juicio los admite, sin antes valorar *las causas* que tuvo el imputado para recomponer lo declarado, como podría ser el temor o presión o incluso la ignorancia de su característica premial; por ejemplo, cuando el potencial confesante durante la investigación preparatoria es amenazado por los demás imputados para negar los hechos delictivos, temor superado posteriormente por diversos factores que lo llevan a confesar recién en la etapa final del juicio.

10.2. Utilidad

La confesión es útil cuando genera provecho, esto es, cuando puede servir o ser aprovechada en alguna forma por el sistema de administración de justicia penal. Si la confesión beneficia los objetivos de dilucidación de la verdad de los hechos es aplicable el beneficio de reducción de la

37 Ver ejecutorias contenidas en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. *La Confesión del Imputado en el Proceso Penal*. Lima. Jurista Editores SRL, 2006, pp. 73-140. También en: HINOSTROZA PARIACHI, César José. *La Confesión Sincera en el Proceso Penal y su Tratamiento en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación APECC. 2005, pp. 229-259.



pena, por ello, debe ser *graduada* por el juez en cada caso concreto, “cuando más útil sea la confesión, mayor será la reducción de la pena”. Nótese la coherencia del reconocimiento del criterio de utilidad de la confesión, en la propia redacción del artículo 161 del CPP, cuando “faculta al juez a disminuir prudencialmente la pena *hasta* en una tercera parte por debajo del mínimo legal”, esto es, la utilidad plena de la confesión justificará la reducción hasta el límite del tercio de la pena, en tanto que, la utilidad meridiana de la misma recibirá un beneficio menor al límite señalado. Entre los parámetros de valoración utilitaria de la confesión invocados en el novísimo precedente contenido en el Dictamen Fiscal N° 1545-2007-MP-FN-FSCA³⁸, pueden citarse: la conducta diligente del imputado en la corroboración u obtención de pruebas, desconocidas hasta ese momento, incautación de objetos del delito, identificación y eventual captura de otros involucrados o la determinación de hechos que mantenían incierta la investigación³⁹.

10.3. Colaboración

Colaborar significa contribuir una cosa en la formación de otra, sinónimo de cooperar, asistir, ayudar, apoyar, en el plano procesal, la confe-

38 Dictamen N° 1545-2007-MP-FN-FSCA emitido por el Fiscal Supremo (P) José Humberto Pereira Rivarola con fecha 12/11/2007, Expediente N° 13-2003, Secretario Maldonado, en el proceso seguido contra el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, por el delito de usurpación de funciones, relacionado con el caso del allanamiento ilegal del domicilio de Vladimiro Montesinos Torres.

39 Expediente N° 3056-2008. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra Guillermo Dennis Ruíz Contreras, por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego tipificado en el artículo 279 del CP, en agravio del Estado. El imputado fue detenido en situación de flagrancia por la policía, en posesión de un arma de fuego (pistola), fue llevado a la Comisaría, en presencia del fiscal y con la asistencia de abogado defensor, confesó los hechos incriminatorios, precisando *además* que la pistola la utilizaba en los servicios que presta como vigilante particular y además que había sido prestada por su amigo, proporcionado sus datos identificatorios (nombre y domicilio). Continuando con las investigaciones, se corroboró la *información adicional* proporcionada por el imputado, con la declaración del propietario del arma y la presentación de la licencia respectiva. Finalmente., fiscal e imputado propusieron un acuerdo provisional de terminación anticipada del proceso, la misma que fue aprobada por el juez, con una pena privativa de libertad base de 6 años, por no tener antecedentes penales, menos 1/6 por acogerse al beneficio de la terminación anticipada, con adición del descuento de 1/3 por confesión, debido a la utilidad de la información en el *esclarecimiento* de un hecho incierto con la sola flagrancia (la propiedad del arma), por lo que, se impuso una pena concreta de 3 años y 4 meses de pena privativa de libertad suspendida.

sión en sí misma, constituye un acto de colaboración para los operadores jurisdiccionales en la averiguación de la verdad de los hechos objeto de imputación, entendiéndose tal información en relación a *hechos propios* (confesión en sentido estricto), pero también sobre *hechos de terceros* partícipes en el delito (confesión en sentido lato), consistente en la identificación de los coautores, instigadores o cómplices, así como la descripción del aporte concreto de éstos en la consecución del plan criminal, la información sobre pruebas incriminatorias, todo lo cual evidentemente también deberá ser verificado o confirmado por otros medios de prueba para que califique como acto colaborativo.

El Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116 del 30/09/2005 (Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, 2005)⁴⁰ sobre los requisitos de la sindicación del coacusado, ha precisado como circunstancias objeto de valoración, las siguientes:

- a) **Desde la perspectiva subjetiva**, han de analizarse la personalidad del coimputado, en especial, sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso, examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios o de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá el cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.
- b) **Desde la perspectiva objetiva**. Se requiere que el relato incriminador este mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.
- c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se

40 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante, Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra. Lima. 2006, p. 89.



hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

Si bien es cierto, que el artículo 160.1 del CPP alude únicamente a la confesión en sentido estricto, cuando prescribe “la confesión para ser tal, debe consistir en la admisión de los cargos o imputación formulada en su contra por el imputado”, ello no obsta de calificar como confesión para efectos premiales, aquella información proporcionada por el confeso que además de su autoinculpación, también sirva para identificar la participación de otros sujetos en el mismo evento delictivo; una interpretación en contrario, desnaturalizaría su calidad jurídica de medio de prueba, limitada a la concreta participación del imputado, sino ampliada a todo el hecho delictivo, que eventualmente puede comprender la conducta de los demás imputados.

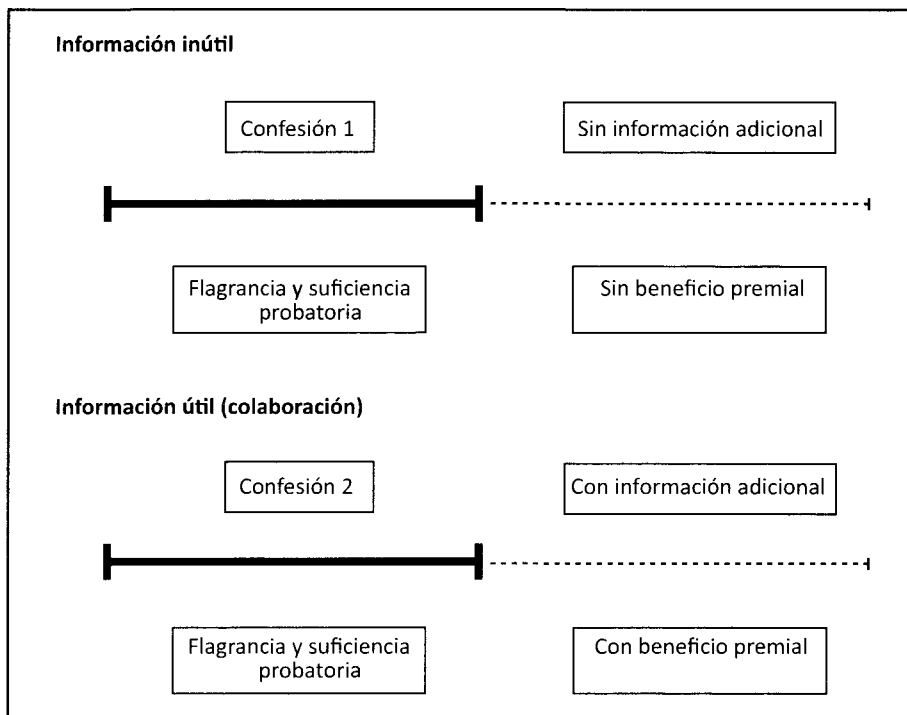
Ejemplo: dos sujetos arrebatan la cartera a una mujer, y al darse a la fuga, es capturado a una cuadra de distancia el imputado “A”, mientras que el imputado “B” logra huir con el bien, iniciándose una investigación por el delito de hurto agravado, tipificado en el artículo 186, inciso 6 del Código Penal, si entre los elementos de convicción de cargo solamente se tiene el acta de intervención policial y la declaración de la agraviada (no pudo ver totalmente al sujeto que huyó), resultará de importante ayuda probatoria la confesión del procesado “A”, aceptando ser el autor del hurto y *además* proporcionando los datos de identificación (nombre, características físicas, domicilio) del coautor, a efectos de permitir su incorporación al proceso.

La colaboración como criterio jurisprudencial para calificar como confesión, tiene lugar ante la información útil proporcionada unilateralmente por el imputado al fiscal o juez, sobre hechos propios y de terceros partícipes en el delito, con el objeto de confirmar la hipótesis acusatoria de cualquier delito y necesariamente debe producirse antes de expedirse sentencia condenatoria. Estas características de la confesión como medio de prueba en base a la colaboración del imputado, permiten diferenciarla sustancialmente del **proceso especial por colaboración eficaz**, que precisa de un previo acuerdo de beneficios y colaboración entre el fiscal y quien, se encuentre o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presenten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal, requiriendo la aprobación del juez (artículo 472 del CPP), precedente solo en deter-



minados delitos que afectan gravemente el interés público, señalados como *numerus clausus* en la misma norma (artículo 473.1 del CPP)⁴¹.

CUADRO N° 03



10.4. Arrepentimiento

Su significado usual es “pesar de haber hecho alguna cosa”, sinónimo de “remordimiento, sentimiento, pesar, contrición”, a efectos de compulsarlo como criterio valorativo de la confesión, no debe analizarse el acto del arrepentimiento desde el punto de vista interior (subjetivo), dada la dificultad de auscultar la conciencia del imputado, sino desde el exterior (objetivo), materializado en comportamientos concretos del imputado en cuanto al delito (ejemplo: tentativa por desistimiento voluntario) o de sus consecuencias dañosas (ejemplo: reparar el perjuicio).

41 Artículo 473.1 del CPP: Los delitos que pueden ser objeto de acuerdo, sin perjuicio de los que establezca la Ley, son los siguientes: a) Asociación ilícita, terrorismo, lavado de

XI. EXCLUSIÓN DEL BENEFICIO

El artículo 161 del CPP regula como presupuestos excluyentes del beneficio de reducción de la pena por debajo del mínimo legal en proporción de hasta un tercio, cuando precede a la confesión, la detención del imputado en flagrancia y también cuando se han incorporado al proceso suficientes elementos probatorios de cargo que confirman la tesis inculpativa⁴². Así pues, la confesión entendida como la información oportuna y veraz de aceptación del hecho delictivo proporcionada a los órganos de persecución o decisión del conflicto penal, resultara según sea el caso, **extemporánea** o **innecesaria**, o ambas a la vez, en suma, **inútil** como medio de prueba.

11.1. Flagrancia

La regulación actual de esta medida coercitiva personal ejecutada por la Policía Nacional en el ejercicio de sus funciones de investigación de los delitos, se encuentra en el artículo 259 del CPP, modificado por el D. Leg. N° 983 (22/07/2007), con las siguientes modalidades:

- a) **Flagrancia material o estricta.** Cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, en el argot popular llamado “con las manos en la masa”.
- b) **Cuasi flagrancia.** Cuando el sujeto ha huido y ha sido identificado después de la perpetración del hecho punible dentro de las 24 horas.

activos, contra la humanidad; b) Secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, así como delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas, siempre que en todos estos casos el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva; c) Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros, contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas.

- 42 Expediente N° 036-2007. Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Proceso seguido contra Joel Henry Mora Arteaga por el delito de homicidio calificado en agravio de Víctor Jaime Roncal Abanto. Sobre la pretensión impugnatoria de no haberse valorado la confesión en la determinación de la pena, se resolvió que *“dicho beneficio procesal no existe, pues tal como lo prescribe el artículo 161 del CPP, es irrelevante la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso, pues en el presente caso, existen dos testigos presenciales que en sus declaraciones testimoniales afirman que el imputado es el autor de los tres disparos en el día en que ocurrieron los hechos, a lo cual se suma el hecho de que no se presenta el requisito de la espontaneidad en la declaración, pues es evidente que previamente había desaparecido el arma de fuego, en tal sentido no puede tenerse en cuenta dicho beneficio al momento de imponer la pena”*.



- c) **Presunción de flagrancia.** Cuando el sujeto agente es encontrado después de la perpetración del delito con efecto o instrumentos procedentes de aquel o 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, dentro de las 24 horas.

No debe descartarse *a priori* el beneficio premial de la reducción de la pena por confesión, ante cualquier hipótesis de flagrancia, pues siempre el criterio relevante será la *utilidad* probatoria de la información proporcionada del imputado, respecto a la acreditación del hecho punible y la identidad del autor o partícipe. Ejemplo: Tres sujetos a bordo de un vehículo son intervenidos por efectivos policiales, encontrándose debajo del asiento del copiloto un revólver con municiones sin la licencia respectiva, iniciándose una investigación por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, tipificado en el artículo 279 del Código Penal, si los elementos de convicción de cargo son únicamente el acta de intervención e incautación policial, la pericia balística positiva del arma y la pericia de absorción atómica negativa, resultará de suma utilidad probatoria la confesión del imputado "A" (conductor), reconociendo ser el propietario del arma y las municiones sin la licencia oficial.

11.2. Irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso

Cuando además de la flagrancia, existe suficiencia probatoria (de pruebas de cargo) para acreditar la existencia del delito y la vinculación del inculpado como autor o partícipe del mismo conforme a la tesis inculpativa fiscal, devendría en inútil el reconocimiento de los hechos por el propio imputado.

Ejemplo: el imputado que confiesa ser autor del delito de lesiones graves con cuchillo tipificado en el artículo 121 del Código Penal, debido a la contundencia de los elementos de convicción de cargo acopiados en la investigación preparatoria, como es la sindicación uniforme y congruente del agraviado y dos testigos, el acta de incautación del arma punzo cortante y el certificado médico legal.

11.3. Conducta procesal obstruccionista

La confesión también puede apreciarse del comportamiento del inculpado durante el proceso, cuando su desempeño no ha sido facili-



tador de sus objetivos (como lo es por ejemplo que el justiciable se someta voluntariamente a fuero, poniéndose a derecho y no como consecuencia de un largo proceso extradicional), como lo señala la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional N° 1257-2005-PHC/TC que se remite a las recaídas en los expedientes N° 3966-2004-HC/TC y N° 2915-2004-HC/TC, que si bien se refieren a la aplicación del plazo razonable del proceso y de la detención, permiten evaluar negativamente el comportamiento procesal obstruccionista de un justiciable a efectos de rechazar la confesión como ha sido precisado en el reciente Dictamen N° 1545-2007-MP-FN-FSCA del caso Fujimori Fujimori.

Ejemplo: el imputado declarado contumaz por no presentarse voluntariamente a las actuaciones procesales necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, pese a tener conocimiento que es requerido, o el imputado que cambia sustancialmente la versión de los hechos durante el proceso.

XII. LÍMITE TEMPORAL

No existe preclusión a la posibilidad de confesar en el proceso, esto es, no existen límites temporales para que esta se produzca, puede acontecer en cualquier momento del proceso, sea en la etapa de investigación preparatoria, intermedia e incluso de juzgamiento, evidentemente antes de expedirse sentencia condenatoria.

El CPP no ha regulado ninguna limitación temporal para admitir la confesión del imputado como medio de prueba, con la producción de sus efectos premiales (reducción de la pena), no pudiendo el juez hacer una distinción donde la ley no la hace, debiendo por tanto, valorarse según las circunstancias concretas de cada caso. Incluso en el artículo 86.1 se ha precisado que en el curso de las actuaciones procesales, en todas las etapas del proceso, el imputado tiene derecho a prestar declaración y ampliarla, a fin de ejercer su defensa y responder los cargos formulados en su contra.

Por tanto, la decisión de abstenerse de declarar del imputado en la etapa de investigación por cualquier razón, para reservarla en juicio, resultará perfectamente válida, según el diseño de su estrategia de defensa u otro interés. Ejemplo: puede acontecer que el imputado recién confiese en la etapa de juzgamiento, por temor a las amenazas contra su vida efectuadas por los demás imputados en las etapas anteriores del proceso.

XIII. BENEFICIO PREMIAL

El Código Penal en su artículo 46, inciso 10) ha considerado a la confesión “sincera antes de haber sido descubierto”, como un elemento significativo para determinar judicialmente la pena dentro de los límites fijados por la ley, atendiendo además a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad.

La confesión bajo los parámetros de la norma sustantiva penal permite rebajar la pena solo **hasta el mínimo legal** del delito imputado, según su descripción típica en el Código Penal o ley penal especial, pero no por debajo del mínimo legal, curiosamente, el artículo 161 del CPP ante la misma conducta procesal del imputado (confesión), faculta al juez a reducir la pena **hasta un tercio por debajo del mínimo legal**, a diferencia del derogado artículo 136, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales de 1940⁴³, que no había fijado un límite legal a la disminución de la pena por debajo de la pena abstracta del tipo delictivo, quedando a la discrecionalidad y prudencia del juzgador en atención a las circunstancias del caso y a la personalidad del agente.

La confesión regulada en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, coinciden exactamente ante un mismo comportamiento del inculpado, esto es, reconocer los hechos objeto de imputación criminal con exclusión de los supuestos concomitantes de flagrancia y suficiencia probatoria de cargo, no se trata de una confesión material y otra procesal, cada una con sus propias características, sino en rigor de la **confesión sin más**. Por ello, para evitar caer en una **interpretación por reducción al absurdo**, consistente en reconocer una clasificación absurda de confesiones por sus efectos premiales, por la simple lectura literal de la norma sustantiva y adjetiva, debe emplearse un **argumentum a coherentia**, para concluir que la confesión constituye indudablemente uno de los elementos legales para la determinación judicial de la pena en el entorno de un proceso penal, el mismo que según su utilidad a la confirmación de la verdad de la hipótesis acusatoria tendrá el efecto premial de permitir al juez, rebajar la pena hasta una tercera parte por debajo del mínimo legal.

43 CPP, 1940, artículo 136, segundo párrafo: “La confesión sincera debidamente corroborada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal”.

El artículo del 161 CPP prescribe que la confesión cuando adicionalmente es “sincera y espontánea”, permite al juez disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, como se ha explicado líneas atrás, toda confesión en un sistema procesal garantista de los derechos fundamentales como el acusatorio adversarial es por definición sincera (verificable) y espontánea (voluntaria), excluyendo evidentemente al reconocimiento inútil del confeso cuando media flagrancia y suficiencia probatoria, en este último caso, si bien es cierto hay confesión como reconocimiento de cargos, sin embargo, no se le reconoce beneficio reductor alguno al momento de determinar la pena.

Ejemplo: El delito de homicidio simple tiene una pena en abstracto de privación de libertad no menor de 6 ni mayor de 15 años (artículo 106 CP), luego de individualizada judicialmente la pena (artículos 45 y 46 CP) se impone en el caso concreto pena de 8 años (equivalente a 96 meses), que servirá como base de cálculo para aumentar o disminuir la pena por concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes de orden sustantivo o procesal; siendo aplicable en el caso solamente la circunstancia atenuante procesal de la confesión, que permite la reducción de hasta un tercio de la pena equivalente a 32 meses, quedando finalmente la pena a imponerse en la sentencia condenatoria en 5 años y 4 meses (64 meses).

Finalmente, el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22 (Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, 2005), Ejecutoria suprema del 07/06/2005, R. N. N° 948-2005, Junín⁴⁴, ha precisado respecto al beneficio premial de la confesión sobre la pena y no de la reparación civil, lo siguiente: “Tercero: Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del encausado en la comisión del hecho punible; que la impugnación se circunscribe al extremo de la determinación judicial de la pena de inhabilitación impuesta y al monto de la reparación civil; que la confesión sincera del citado encausado no puede ser valorada como presupuesto para establecer la cuantía de la reparación civil –que no es una pena–, en tanto que está reservada de ser el caso para rebajar la pena del confeso a límites inferiores del mínimo legal; que la naturaleza de la acción civil ex delicto es distinta, pues tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima y, consecuentemente, debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan...”.

44 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante, Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra. Lima. 2006, p. 150.



XIV. CONFESIÓN Y CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

14.1. Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad es un medio alternativo de solución del conflicto jurídico penal regulado en el artículo 2 del CPP, materializado en un acuerdo celebrado entre el fiscal, el imputado y el agraviado, partiendo del presupuesto fáctico elemental de aceptación de responsabilidad de los hechos imputados, acto calificado como confesión instrumental, por no participar de todos sus requisitos de validez, pues no requiere necesariamente su confirmación por otros elementos de convicción, dada su carácter de instrumento para la reparación efectiva de los daños y perjuicios ocasionados por el evento criminal, la misma que tiene lugar ante delitos que no afectan gravemente el interés público y de baja penalidad⁴⁵, conocidos como “*delitos de bagatela*”, teniendo como consecuencia la expedición de una Disposición de Abstención por el fiscal, en caso encontrarse el proceso en investigación preliminar, en tanto que, luego de formalizada la investigación, dará lugar a la expedición de un auto de sobreseimiento por el Juez de investigación preparatoria.

14.2. Acuerdo Reparatorio

El acuerdo reparatorio es otro medio alternativo de solución del conflicto jurídico penal regulado en el artículo 2 del CPP, materializado en un acuerdo celebrado entre el imputado y el agraviado sobre la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el evento criminal, procediendo solo en caso de determinados delitos contra el

45 Artículo 2.1 del CPP: 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: 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 y 25 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.

patrimonio⁴⁶ y en los delitos culposos, con el carácter de vinculante, debiendo el fiscal expedir disposición de sobreseimiento cuando acontece en la investigación preliminar y mediante auto de sobreseimiento del juez cuando la investigación ha sido formalizada. En la misma forma que para el principio de oportunidad, estamos ante una confesión, por contener la aceptación expresa o tácita de los hechos imputados como instrumento y base fáctica para la viabilidad del acuerdo.

XV. CONFESIÓN Y PROCESOS ESPECIALES

15.1. Proceso inmediato

Es un proceso especial requerido por el fiscal luego de culminar las diligencias preliminares o antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria, ante diversos supuestos legales (artículo 468 del CPP)⁴⁷, entre ellos, cuando el imputado ha confesado la comisión del delito, la misma que de ser aprobada por el juez de investigación preparatoria, tiene como consecuencia la formulación de la acusación, acortando drásticamente el plazo máximo de investigación y suprimiendo la etapa intermedia, a efectos de ser remitido el proceso al juez penal unipersonal o colegiado de juzgamiento, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio. La incoación del proceso inmediato concluirá con sentencia, absolutoria o condenatoria, según el caso.

15.2. Proceso de terminación anticipada

Es un proceso especial a iniciativa del fiscal o del imputado en cualquier delito, que tiene lugar una vez expedida la Disposición de Formalización de la investigación preparatoria y hasta antes de formularse acusación, materializado en un acuerdo provisional sobre la pena, la reparación ci-

46 Artículo 2.6 del CPP: Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

47 Artículo 446.1 del CPP: El Fiscal podrá solicitar la vía del proceso inmediato, cuando: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; o, b) el imputado ha confesado la comisión del delito; o, c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes.



vil y demás consecuencias accesorias que serán objeto de debate en audiencia privada. El juez analizará la suficiencia probatoria, la legalidad y razonabilidad del acuerdo provisional propuesto (artículo 468 del CPP). En caso sea aprobado, se expedirá sentencia condenatoria anticipada en acto público.

La particularidad del proceso de terminación anticipada es que eventualmente puede incoarse sobre la base de una confesión con todas las formalidades legales, conservando incólume su eficacia como medio de prueba con independencia al resultado judicial del acuerdo. Por otro lado, nada obsta que tal reconocimiento de los hechos incriminatorios, tenga lugar en las negociaciones informales entre el imputado y el fiscal o en el mismo acto de la audiencia privada ante el juez, por ello, en caso de no llegarse a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado, en este proceso especial, se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (artículo 470 del CPP).

Para la tramitación del proceso especial de terminación anticipada, no es requisito la declaración prestada por el imputado ante el Fiscal en presencia de su abogado, admitiendo los cargos imputados en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, materializada en un acta escrita, firmada y anexada a la carpeta fiscal como elemento de convicción, la misma que en rigor tendrá la calidad de confesión por contener los presupuestos del artículo 160 del CPP, si adicionalmente se encuentra corroborada por otros elementos de convicción.

Esta práctica resultará bastante conveniente para el Fiscal como parte persecutora del delito, porque en la eventualidad que el acuerdo provisional de terminación anticipada sea desaprobado por el JIP, subsistirá plenamente el acta de confesión como elemento de convicción para pasar sin dificultad el control sustancial de la etapa intermedia⁴⁸ y llevar el caso a juicio, con bastante probabilidad de éxito en la obtención de una sentencia condenatoria, dada la aceptación de cargos en la investigación preparatoria por el ahora acusado.

El requisito exigido para el trámite del proceso especial, es la aceptación de cargos por el imputado (artículo 468.4 del CPP), que para conveniencia de la defensa puede manifestarse de dos formas:

48 Artículo 344.2.d del CPP: El sobreseimiento procede cuando no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.



- **La aceptación de cargos escrita.** Contenida en el acuerdo provisional escrito de terminación anticipada con la firma del imputado, presentada al Juez de Investigación Preparatoria y que correrá en el cuaderno de terminación anticipada, la misma que para su eficacia requiere ser ratificada oralmente en audiencia.
- **La aceptación de cargos oral.** Manifestada por el imputado en la misma audiencia de terminación anticipada ante la pregunta del Juez de Investigación Preparatoria, la misma que quedará registrada únicamente en sistema de audio.

La modalidad de aceptación de cargos escrita contenida únicamente en el acuerdo provisional y la aceptación de cargos oral manifestada en la audiencia de terminación anticipada, garantiza a la defensa que en caso de desaprobación del acuerdo, la declaración del imputado exteriorizada en una u otra forma se tendrá como **inexistente** y no podrá ser utilizada en su contra⁴⁹, tal es así, que el cuaderno de terminación anticipada es **archivado** en el Juzgado de Investigación Preparatoria, sin posibilidad alguna de ser remitido posteriormente al Juzgado Penal Unipersonal o Colegiado de juzgamiento. Por el contrario, si la aceptación de cargos se realiza como un acto de investigación y se anexa a la carpeta fiscal, tendrá eficacia autónoma al destino del cuaderno de terminación anticipada.

Finalmente, el beneficio premial por acogerse al proceso especial de terminación anticipada consiste en la reducción de la pena que se imponga al imputado en proporción a una sexta parte, teniendo tal beneficio tasado carácter imperativo. Asimismo, de ser el caso, se acumulará el beneficio por confesión⁵⁰ (artículo 471 del CPP).

49 Expediente N° 038-2007. Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra Diego Andrés Vargas Cepeda, por delito de tenencia ilegal de armas de fuego, tipificado en el artículo 279 del CP, en agravio del Estado. Se declaró improcedente la terminación anticipada en la audiencia de fecha 11/07/2007, ordenando la continuación del proceso. El imputado había aceptado la pena privativa de libertad suspendida acordada con el Fiscal (se encontraba recluso con prisión preventiva en el Establecimiento Penitenciario Trujillo I) y el monto de la reparación civil, pero rechazó los cargos incriminados por considerarse inocente. Posteriormente, el Primer Juzgado Penal Colegiado realizó el juicio oral y con fecha 16/08/2007 expidió sentencia absolutoria, ordenando su libertad inmediata; confirmada vía apelación con fecha 03/10/2007 por la Sala Penal de Apelaciones.

50 Expediente N° 2568-2007. Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo. Proceso seguido contra Francisco Rafael Calderón Castro, Heder Flores Ruiz y Jorge Juan



XVI. CONCLUSIONES

1. La declaración del imputado tiene la naturaleza jurídica de un medio de defensa, desde la óptica del derecho a la no auto incriminación, en su dimensión negativa de abstención de declarar, y en su dimensión positiva de aceptación de declarar, sin prestar juramento de decir la verdad.
2. La confesión consistente es la admisión del imputado de los cargos o imputación formulada en su contra, tiene la calidad legal de medio de prueba, para su eficacia requiere ser corroborado con otros medios de prueba.
3. La confesión es una decisión estratégica de defensa, en miras a obtener beneficios premiales concretos de carácter sustantivo como la reducción de la pena y de carácter procesal como la utilización de diversas salidas alternativas de solución del conflicto jurídico penal, entre ellas, el principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio y el proceso especial de terminación anticipada.
4. Los requisitos intrínsecos de la confesión son: realizada por el imputado, declaración de parte, personalísima, oral, en el idioma del declarante, registrada en forma fidedigna, sin prestar juramento o promesa de honor, tiene por objeto hechos, tiene una significación probatoria, consciente, expresa y terminante, divisible o fraccionable.
5. Los requisitos extrínsecos de la confesión son: prestada ante el juez o fiscal, previamente instruido el imputado de sus derechos, debidamente corroborada por otro u otros elementos de convicción, en forma libre y en estado normal de las facultades psíquicas (espontánea), en presencia de su abogado.
6. La "sinceridad y espontaneidad", no constituyen en rigor requisitos legales "adicionales", sino requisitos intrínsecos, dado que toda confesión

Zavaleta Pumachaico por delito de tenencia ilegal de armas de fuego, tipificado en el artículo 279 del CP, en agravio del Estado. En el proceso especial de terminación anticipada se expidió sentencia condenatoria contra los imputados, partiendo de la pena mínimo legal de 6 años de pena privativa de libertad, con el descuento obligatorio de 1/6 de la pena por el beneficio de terminación anticipada equivalente a 1 año (12 meses), quedando la pena en 5 años (60 meses), adicionando el otro descuento negociado de 1/3 de la pena por confesión equivalente a 1 año y 8 meses (20 meses), con el resultado de una pena concreta en 3 años y 4 meses (40 meses), suspendida por el plazo de 2 años, bajo cumplimiento de reglas de conducta.

en un sistema procesal moderno acusatorio garantista, centralizado en la figura del imputado como sujeto de derechos y garantías.

7. Los requisitos desarrollados por la jurisprudencia sobre la hipótesis normativa de la confesión regulada en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales de 1940 son: la uniformidad, la utilidad, la colaboración y el arrepentimiento.
8. La confesión como beneficio premial debe ser excluida en los casos de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y por la conducta procesal obstruccionista, sin embargo, los criterios jurisprudenciales de utilidad, colaboración y arrepentimiento pueden servir para acceder aún en los supuestos de exclusión antes mencionados a la reducción proporcional de la pena por confesión.
9. La confesión tiene el carácter instrumental de la pretensión civil en la aplicación de criterios de oportunidad como el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios.
10. La confesión permite incoar el proceso inmediato según la estrategia del fiscal con la finalidad de obtener una condena rápida, también permite el inicio del proceso especial de terminación anticipada según la estrategia de defensa del imputado a efectos de obtener el beneficio premial de reducción de pena.



CAPÍTULO II EL TESTIMONIO

Artículo 162. Capacidad para rendir testimonio

1. *Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley.*
2. *Si para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan. Esta última prueba podrá ser ordenada de oficio por el Juez.*

Artículo 163. Obligaciones del testigo

1. *Toda persona citada como testigo tiene el deber de concurrir, salvo las excepciones legales correspondientes, y de responder a la verdad a las preguntas que se le hagan. La comparecencia del testigo constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.*
2. *El testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. El testigo tendrá el mismo derecho cuando, por su declaración, pudiere incriminar a alguna de las personas mencionadas en el numeral 1) del artículo 165.*
3. *El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a revelar los nombres de sus informantes. Si los informantes no son interrogados como testigos, las informaciones dadas por ellos no podrán ser recibidas ni utilizadas.*

Artículo 164. Citación y conducción compulsiva

1. *La citación del testigo se efectuará de conformidad con el artículo 129. Cuando se trata de funcionarios públicos o de dependientes, el superior jerárquico o el empleador, según el caso, están en la obligación de facilitar, bajo responsabilidad, la concurrencia del testigo en el día y hora en que es citado.*
2. *El testigo también podrá presentarse espontáneamente, lo que se hará constar.*
3. *Si el testigo no se presenta a la primera citación se le hará comparecer compulsivamente por la fuerza pública.*

Artículo 165. Abstención para rendir testimonio

1. *Podrán abstenerse de 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.*



Se extiende esta facultad, en la misma medida, a los parientes por adopción, y respecto de los cónyuges o convivientes aún cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial. Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte.

2. *Deberán abstenerse de declarar, con las precisiones que se detallarán, quienes según la Ley deban guardar secreto profesional o de Estado:*
 - a) *Los vinculados por el secreto profesional no podrán ser obligados a declarar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión, salvo los casos en los cuales tengan la obligación de relatarlo a la autoridad judicial. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por Ley expresa. Sin embargo, estas personas, con excepción de ministros de cultos religiosos, no podrán negar su testimonio cuando sean liberadas por el interesado del deber de guardar secreto.*
 - b) *Los funcionarios y servidores públicos si conocen de un secreto de Estado, esto es, de una información clasificada como secreta o reservada, tienen la obligación de comunicárselo a la autoridad que los cite. En estos casos se suspenderá la diligencia y se solicitará información al Ministro del Sector a fin de que, en el plazo de quince días, precise si, en efecto, la información requerida se encuentra dentro de los alcances de las excepciones establecidas en el texto único ordenado de la Ley de la materia.*
3. *Si la información requerida al testigo no se encuentra incursa en las excepciones previstas en la Ley de la materia, se dispondrá la continuación de la declaración. Si la información ha sido clasificada como secreta o reservada, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, en tanto considere imprescindible la información, requerirá la información por escrito e inclusive podrá citar a declarar al o los funcionarios públicos que correspondan, incluso al testigo inicialmente emplazado, para los esclarecimientos correspondientes.*

Artículo 166. Contenido de la declaración

1. *La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba.*
2. *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.*



3. *No se admite al testigo expresar los conceptos u opiniones que personalmente tenga sobre los hechos y responsabilidades, salvo cuando se trata de un testigo técnico.*

COMENTARIO 1:

EL DERECHO DE DEFENSA DE LOS TESTIGOS

AUGUSTO MEDINA OTAZU*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza un tema muy poco estudiado, referido al derecho de defensa que deben gozar los testigos en un proceso penal.

Seguramente, muchos de los abogados que lean este artículo, compartirán conmigo que cuando un testigo acude a brindar su declaración testimonial en un proceso penal no le permiten participar, con su abogado, en la diligencia. Esta apreciación no solo se produce en los juzgados penales sino también en las salas penales de la Corte Superior de Lima.

Vale la pena recordar que la sola presencia de un abogado en la diligencia no indica que se cumple con el derecho de defensa. En tal sentido, ya advirtió la Corte Constitucional colombiana que: “La mera presencia de un abogado defensor no necesariamente significa que el derecho al que se hace referencia (defensa técnica) se hizo efectivo en esta diligencia; si al abogado no se le permite conocer el sumario, este asesor no puede cumplir con su tarea, por más calificado y experimentado que sea”¹.

Entonces, resulta grave que el testigo no pueda acudir con su defensor a las diligencias judiciales debido a que con ello, su derecho a una defensa técnica se verá recortado.

El Estado de Derecho y el Estado Democrático “obliga en lo posible a poner el Derecho Penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como

* Abogado. Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social Universidad Nacional Mayor San Marcos. Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional sede Perú.

1 La sentencia del Tribunal Constitucional colombiano, T - 432 de 1997 se encuentra recogido en el libro de Luis Reyna Alfaro. *La prueba. Reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales*. Primera edición, Jurista Editores, marzo 2007, p. 137.



los de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano”². El testigo no puede ser visto como una simple prueba en el proceso judicial³, sino que por el contrario debe primar la dignidad de la persona humana que reconoce el Estado de Derecho, “para evitar la utilización arbitraria del poder público, consistente en el avasallamiento de la persona y de sus derechos fundamentales”⁴.

El derecho de defensa, constituye un derecho fundamental del que gozan todas las personas sin excepción que acuden al llamado ante una autoridad, para defender sus intereses y pretensiones. Si se niega el derecho a los testigos, no nos encontramos ante una restricción del derecho, sino ante una supresión o suspensión del derecho prohibida por el ordenamiento jurídico.

En tal caso, si se pone límites al derecho de defensa de los testigos, ¿cuál sería el otro bien de mayor valor que se protege? Al respecto, Samuel Abad considera que “los derechos pueden estar sujetos a determinados límites, ya sea expresamente fijados por la Constitución o derivados implícitamente de ella como consecuencia de la necesidad de preservar otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos con los cuales podría estar en conflicto”⁵.

De una revisión del Código de Procedimientos Penales y del Código Procesal Penal, no existe un reconocimiento normativo del derecho de defensa a favor de los testigos. Tampoco nos ha sido posible encontrar jurisprudencia vinculada al tema de la indefensión del testigo en la vía penal⁶.

-
- 2 Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I, Ara Editores, 2006, p. 65.
 - 3 Gonzalo Gómez Mendoza, sostiene que la prueba testimonial “consiste en la atestiguação oral, válida narrativamente, hecha ante la autoridad competente que investiga o juzga, producida sobre aquello que es inherente al *thema probandum*, con sujeción a la prescripción procesal pertinente, por una persona natural sin impedimento natural ni legal, citada o concurrente de mutuo propio, distante de la persona del imputado o del agraviado”.
 - 4 Estudios Penales. Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias, Editorial San Marcos, Lima, 2003, p. 728.
 - 5 ABAD YUPANQUI, Samuel. “Límites y respeto al contenido esencial de los derechos Fundamentales”. En: *Revista Themis*. N° 21, Lima, 1999, p. 14.
 - 6 Aquí podemos observar que incluso en la vía extra penal (comercial) se reconoce el derecho de defensa de las partes del proceso, esto es, demandante y demandado, pero no se dice nada referente al testigo que interviene en el proceso. “Exp. N° 1448-2005 del 13/12/2005. Corte Superior. Primera Sala Civil - Subespecialidad Comercial. El juez como director del proceso goza –entre otras– de la facultad de ordenar los actos procesales necesarios para el debido esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa

El artículo 34 del Código de Procedimientos Penales (C. de P.P.) establece que “la declaración de los testigos (...) deberá actuarse obligatoriamente en presencia de la persona que desempeña el Ministerio Público”, obviando la participación de un abogado defensor. Pareciera que el derecho de defensa del testigo queda relevado con la sola presencia del Ministerio Público, o en otras palabras, el derecho de defensa del testigo está implícito en la participación del Ministerio Público.

En la Constitución de 1979, artículo 250, el Ministerio Público tenía la facultad de “defensa de los ciudadanos”, sin embargo, esa facultad ya no se mantiene en el artículo 159 de la Constitución de 1993, habiendo sido trasladada a la Defensoría del Pueblo en su artículo 162 de la actual Constitución⁷.

El artículo 170 párrafo 6, del Código Procesal Penal, señala que durante la declaración judicial del testigo “no son admisibles las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal”. Puede apreciarse que el juez y fiscal “asumen la defensa del testigo” cuando esta posibilidad podría corresponder al abogado defensor del testigo.

El testigo, muchas veces, por un comportamiento incorrecto dentro del proceso, puede pasar de testigo a inculpado, basta con revisar el artículo 142 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales: “El testigo incurre en responsabilidad penal si falta a la verdad. Entonces otra razón más para permitir al testigo el derecho de defensa”.

Considero que el testigo tiene derechos intrínsecos que debe hacer valer en el proceso penal para que no se abuse de su posición. En el presente artículo, estableceremos en primer lugar, la participación del testigo y su objeto en el Código Procesal Penal (CPP). Luego señalaremos cuál es la extensión del derecho de defensa, para finalmente establecer qué vinculación existe entre uno y otro.

de las partes, pudiendo incluso disponer la actuación de pruebas de oficio, la confrontación entre testigos, entre peritos y entre estos, aquellos y las partes y entre estas mismas, para lograr la finalidad de los medios probatorios. Todo ello a efectos de resolver en justicia el conflicto de intereses o eliminar la incertidumbre jurídica planteada”.

- 7 Constitución de 1993. Artículo 162. Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

II. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL

1. El testigo en el proceso penal

Testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso.

Según César San Martín, testigo es la persona que hace un relato libre y mediato de hechos relacionados con la investigación del delito o de hechos coetáneos o subsiguientes a los acontecimientos delictuosos. Cuatro son los elementos referidos al testigo: a) es una persona física; b) a quien se ha citado para el proceso penal; c) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel; y d) con fin de establecer una prueba, esto es, con el fin de suministrar elementos de prueba⁸.

Para Arsenio Oré Guardia, el testigo es la persona física que aporta su relato al proceso sobre los hechos u objeto del proceso, sin ser parte de él. Lo hace en tanto observador directo o indirecto⁹.

Gonzalo Gómez Mendoza sostiene que el testigo es una persona natural sin impedimento natural ni legal, citada o concurrente de mutuo propio, distante de la persona del imputado o del agraviado¹⁰.

El testigo no ha participado en el delito, sino conoce algún hecho generado antes, durante y después del delito. En algunos casos se permite que el testigo pueda ser también el agraviado. En la figura jurídica del artículo 96 del Código Procesal Penal se fundan dos posiciones: el de actor civil y el de testigo: *“La intervención del agraviado como actor civil no lo exime del deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral”*. En ese caso parece que queda claro el derecho a la defensa, por cuanto la declaración testimonial puede poner en peligro su pretensión de actor civil.

En el artículo 143 del Código Procesal Penal (CPP) se aprecian que existe igualdad normativa para recepcionar las declaraciones testimoniales y la declaración del agraviado *“la declaración preventiva de la parte agra-*

8 SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición Grijley, Lima, 2003, p. 545.

9 ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición, Editora Alternativas, 1999, p. 456.

10 ANGULO ARANA, Pedro. *“El interrogatorio de testigos en el nuevo Código Procesal Penal”*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Primera Edición, Gaceta Jurídica, julio de 2007, p. 142.



viada es facultativa, salvo mandato del juez, o solicitud del Ministerio Público o del encausado, caso en el cual será examinada en la misma forma que los testigos”. Similar normativa encontramos en el artículo 171 inciso 5 del CPP: “Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos”.

Podemos ver que el testigo, según las circunstancias, puede tener intereses en calidad de agraviado. Pero a su vez también puede convertirse en inculpado, si nos atenemos al artículo 118 inciso 1 del CPP: “Cuando se requiera juramento, se recibirá según las creencias de quien lo hace, después de instruirlo sobre la sanción que se haría acreedor por la comisión del delito contra la administración de justicia. El declarante prometerá decir la verdad en todo cuanto sepa y se le pregunte”.

2. Definición de la declaración testimonial y alcances

La declaración testimonial es aquella basada en el relato de un tercero sobre hechos relacionados con el delito investigado. El testimonio se define como toda manifestación oral o escrita hecha por el testigo dentro del proceso, destinada a dar fe sobre el hecho investigado¹¹.

Consiste en la atestiguación oral, válida, narrativamente hecha ante la autoridad competente que investiga o juzga, producida sobre aquello que es inherente al *thema probandum* y con sujeción a la prescripción procesal pertinente¹².

En principio y en atención al artículo 166 del Código Procesal Penal, el testigo debe dar su testimonio sobre hechos: “1. La declaración del testigo versa sobre lo percibido en relación con los hechos objeto de prueba”.

También existen los testigos indirectos¹³, quienes no han visto directamente los hechos del delito, pero tienen referencias por haber recibido

11 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 456.

12 ANGULO ARANA, Pedro. Ob. cit., p. 143.

13 Cuando el juicio versa sobre delincuencia organizada, es muy frecuente la presencia de este tipo de prueba testimonial, ya que constituye uno de los actos de prueba que los jueces pueden tener en consideración para fundar la condena, pues no se excluye su validez y eficacia. Sin embargo, la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos. Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

la información de una persona que sí estuvo en el escenario. Da cuenta de este aspecto el artículo 166 del NCPP: “2. 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 (...) Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio (de referencia) no podrá ser utilizado”.

No todo testimonio será valedero para el proceso penal, por cuanto el artículo 352 inciso 5, literal b) del Código Procesal Penal exige que “el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil (...) El pedido de actuación de una testimonial (...) especificará el punto que será materia de interrogatorio (...)”.

3. ¿Quiénes pueden declarar como testigos?

Por norma general, todos están obligados a concurrir ante el llamado de la autoridad, previa citación, y a declarar oralmente cuando supiesen sobre los hechos, en virtud del deber genérico que toda persona tiene de prestar auxilio a la administración de justicia¹⁴.

Veamos, el artículo 162 del Código Procesal Penal expresa una norma general¹⁵ con dos excepciones: “1. Toda persona es, en principio, hábil para prestar testimonio, excepto el inhábil por razones naturales o el impedido por la Ley”.

Las excepciones de inhabilitación para testificar provienen de dos razones: naturales y legales.

3.1. Inhabilitación de testimonios por razones naturales

La inhabilitación natural puede estar determinada por deficiencias físicas o psíquicas que obstaculizan o limitan las condiciones de percepción, o en todo caso, que imposibilitan la transmisión de las percepciones de manera inteligible y del modo previsto en la ley¹⁶.

Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral. (BURGOS MARIÑOS, Víctor. *El proceso penal peruano. Una investigación sobre su constitucionalidad*, http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Tesis/Human/Burgos_M_V/Cap4_2.htm).

14 SAN MARTÍN, César. Ob. cit., p. 545.

15 El Código de Procedimientos Penales tiene similar acepción general en su artículo 138.

16 ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 457.

El testigo debe tener idoneidad física o psíquica, para los aspectos que declara, la cual en algunos casos requiere su probanza mediante pericia. Según el artículo 162 del NCPP “para valorar el testimonio es necesario verificar la idoneidad física o psíquica del testigo, se realizarán las indagaciones necesarias y, en especial, la realización de las pericias que correspondan”.

El testimonio de menores y los que adolecen de alguna anomalía psíquica son recepcionados en el proceso judicial con ciertas limitaciones especiales¹⁷. En estos casos, el artículo 170 inciso 2, del NCPP prescribe que “no se exige juramento o promesa de honor cuando declaran (...) menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos”.

Similar contenido encontramos en el artículo 171 inciso 3 del nuevo Código Procesal Penal: “Cuando deba recibirse testimonio de menores (...) que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. (...) Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo”.

El testigo con alguna limitación para expresarse puede declarar con el apoyo de un intérprete. En tal sentido, el artículo 171 inciso 1, del NCPP señala que cuando el testigo es mudo, sordo o sordomudo, o cuando no hable el castellano, debe declarar por medio de un intérprete.

3.2. Los testigos impedidos por ley

Los impedimentos de ley son de carácter funcional o procesal, según afecten a los funcionarios judiciales, fiscales, secretarios, personal técnico, administrativo y auxiliar que conocen de un mismo proceso¹⁸.

Los jueces no pueden ser testigos si antes han intervenido como juzgadores en una causa que les tocó resolver, así lo establece el artículo 53 del NCPP¹⁹.

Los testigos podrán abstenerse a declarar en causas en que estén involucrados familiares²⁰ dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad a tenor del artículo 165 inciso 1 del NCPP: “Podrán

17 Existe una similar disposición en el artículo 142 del C. de P. P.

18 Ídem.

19 Existe una similar disposición en el artículo 29 del C. de P. P.

20 Existe una similar disposición en el artículo 141 del C. de P. P.



abstenerse de rendir testimonio el cónyuge del imputado, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.(...) Todos ellos serán advertidos, antes de la diligencia, del derecho que les asiste para rehusar a prestar testimonio en todo o en parte”.

4. Personas a quienes se les garantiza mantener reserva de la información que tienen

Según el artículo 163 inciso 3 del NCPP, el testigo goza del derecho a no revelar a los informantes cuando los testigos laboran en los sistemas de inteligencia: “El testigo policía, militar o miembro de los sistemas de inteligencia del Estado no puede ser obligado a **revelar** los nombres de sus informantes”.

Respecto de los temas considerados secretos de Estado existe cierta limitación para conocer la información en sede judicial. El artículo 165 inciso 2 - a) del NCPP señala que en dichos casos el testigo, pedirá al juez que tramite dicha habilitación ante el Ministerio de Sector que corresponda esa información.

Los profesionales²¹ están premunidos de una garantía que les resguarda el secreto profesional y que, a su vez, les releva de testimoniar sobre un asunto que han conocido por razones profesionales, así lo establece el artículo 165 del NCPP.

5. Los testigos y la autoincriminación

La colaboración de un testigo, en el proceso, tiene límites que se encuentran fijados por ley. Si la declaración testimonial puede incriminarlo, no estará obligado a declarar en proceso judicial, tal y como disponen los artículos IX, 163 inciso 2 y 170 del NCPP.

6. Testimonio por condiciones funcionales y personales especiales

Los altos funcionarios del Estado tienen determinadas prerrogativas para declarar, especialmente, el lugar donde deben de brindar su testimonial. De ello, da cuenta el artículo 167 incisos 1 y 2 del NCPP. En ese mismo sentido, la Ley Procesal Penal ha establecido también un mecanismo propio para los diplomáticos acreditados en el Perú (artículo 168 del NCPP)²².

21 Vide artículo 141 del C. de P. P.

22 Artículo 168 del CCP. Testimonio de miembros del cuerpo diplomático. (...) se les recibirá su testimonio (...) mediante informe escrito. (...) se les enviará, por conducto del ministro



Además de ello, cuando los testigos residan fuera de la jurisdicción del juzgado y tengan algún impedimento fundado para acudir a este, deberán gozar de las facilidades para brindar su testimonio desde su residencia, pudiéndose disponer su declaración por exhorto; o hacer uso de la tecnología para que mediante la videoconferencia pueda lograrse su testimonio en tiempo real.

Si el testigo se halla en el extranjero deberá recurrirse a las normas de cooperación judicial internacional, que se encuentran en los tratados y convenios internacionales. De ser posible también se recurre a la videoconferencia o mediante exhorto que se tramita ante el cónsul peruano del país donde se encuentra el testigo

7. Declaraciones de testigos por razones personales especiales

El testigo enfermo, con alguna limitación o viaje inminente, tiene facilidades para no entorpecer su vida diaria y su programa, pudiendo ser interrogado en el lugar en el que se encuentre (artículo 71 del NCPP).

8. Objeto sobre el cual recae la declaración testimonial

Los testigos deben realizar declaraciones únicamente sobre lo percibido (artículo 166 del NCPP). En consecuencia, no les está permitido expresar conceptos u opiniones que personalmente tengan sobre los hechos y responsabilidades sino solo un pronunciamiento sobre los hechos que sean objeto de investigación.

9. El testimonio puede ocasionarle ciertos peligros cuando se trata de confrontar con los autores o hechos del delito y otras responsabilidades

La denominada confrontación²³ (careo) entre los testigos, el imputado y el agraviado, (artículo 182 inciso 2 del NCPP), resulta fundamental a la hora de afirmar la declaración testimonial, pero a su vez es someter a un riesgo al testigo, no solo del imputado, sino del juez, fiscal, terceros civiles, etc. Si el imputado, puede a través de su abogado realizar las preguntas que considere al testigo, no resulta correcto excluir al testigo del goce del derecho de ser asesorado en su declaración.

de Relaciones Exteriores, el texto del interrogatorio que será absuelto bajo juramento o promesa de decir verdad.

23 Existe una similar disposición en el artículo 130 del C. de P. P.

El testigo puede ser confrontado con las personas involucradas, pero además puede pedírsele el reconocimiento de objetos (artículo 171.4 del NCPP).

Teniendo en cuenta que la declaración testimonial puede ocasionarle un perjuicio con los involucrados en el delito, la Ley Procesal Penal establece precauciones referidas a su identidad o el lugar de su domicilio, los cuales pueden reservarse a efectos de preservar la integridad del declarante.

10. El testigo puede ser llevado compulsivamente para que contribuya con el proceso penal

Si el testigo es llevado compulsivamente²⁴ por la fuerza pública, para que declare sobre un hecho (artículo 164 del NCPP), resulta lógico que debe brindársele las facilidades de contar con un abogado para que defiendan sus intereses y no incurra en una situación de riesgo (por ejemplo, autoincriminación).

11. Conclusión preliminar

Puede apreciarse de las normas hasta aquí esbozadas que los testigos tienen una serie de prerrogativas, excepciones, obligaciones, impedimentos, tratos especiales, derechos personales que deben hacer valer antes de brindar su testimonial; y en consecuencia, es válido para el mismo desarrollo correcto del proceso penal que se respete su derecho a la defensa, del mismo modo que el imputado y el agraviado, no tanto para defenderse de una imputación penal sino para hacer valer sus escasos derechos.

Uno de los criterios frecuentemente utilizados por los tribunales constitucionales es el del *pro homine*. Este criterio tiene una naturaleza hermenéutica que informa todos los derechos humanos y en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva que reconozca derechos protegidos e, inversamente, a la norma o la interpretación más restringida cuando se trate de establecer limitaciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria²⁵.

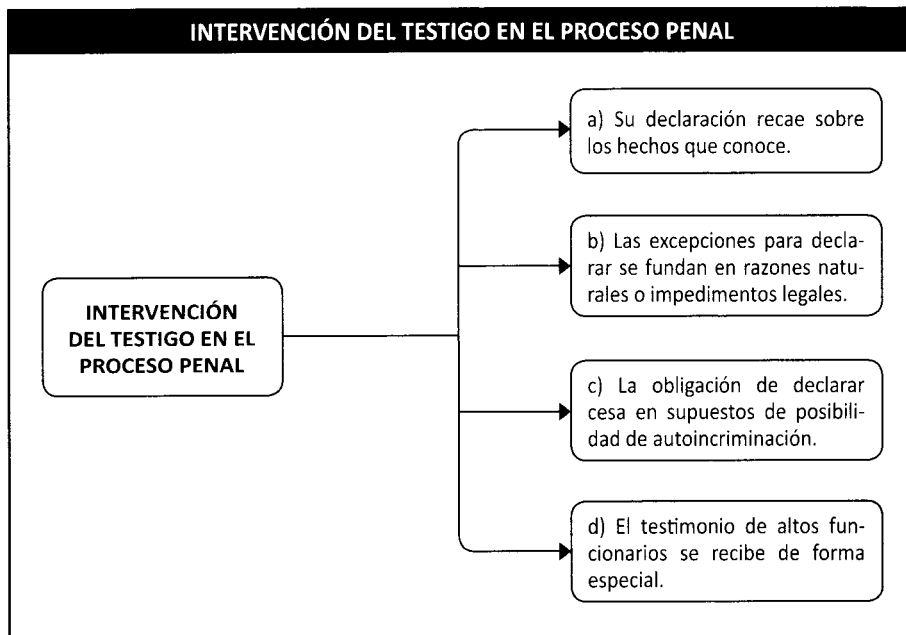
El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido que la defensa de la persona y el respeto de su dignidad constituyen un valor superior del

24 Existe una similar disposición en el artículo 139 del C. de P. P.

25 Puede revisarse en "La Interpretación de los Derechos Fundamentales". CARPIO, Edgard. En: *Revista de Derecho de la PUCP*. N° 56, diciembre del 2003.



Derecho. En consecuencia, toda interpretación jurídica de naturaleza constitucional deberá evaluar cuándo se está defendiendo y cuándo agravando a una persona, cuánto se está respetando o no su dignidad. Estas reglas resumidas en el principio de dignidad de la persona humana, son las de mayor importancia dentro del sistema jurídico²⁶.



III. DERECHO DE DEFENSA

1. El derecho de defensa en la normativa nacional e internacional

La Constitución Política del Perú en sus artículos 139, incisos 14 y 16²⁷, reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función

26 RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, PUC, Fondo Editorial, 2005, p. 147.

27 Constitución Política

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. (...)

16. 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.



jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, el que para hacerse más extensivo es gratuito para personas de escasos recursos y para la generalidad de personas, en los casos legalmente previstos.

El ejercicio del derecho de defensa, de especial relevancia en el proceso penal, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Ambas dimensiones del derecho de defensa forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho en referencia. En ambos casos, se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión²⁸.

Para Marcial Rubio Correa, el derecho de defensa opera desde que una persona es detenida o citada por cualquier autoridad, por la cual se garantiza que las personas en la determinación de sus derechos y obligaciones²⁹, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.) no queden en estado de indefensión³⁰. El Tribunal Constitucional considera que el derecho de defensa no solo es un derecho subjetivo, sino también un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez, que constituye un elemento básico dentro del modelo del proceso previsto por nuestra norma fundamental³¹.

El artículo IX del NCPP establece dos formas de cómo conceder el derecho de defensa. Por un lado, con el patrocinio de un abogado de preferencia del imputado, y (en defecto de ellos) por el Estado, asumiendo una defensa de oficio. Dicho de otro modo, en ningún caso, el imputado deja de tener abogado, que le ilustre sobre sus derechos y cómo ejercerlos.

El mismo dispositivo legal señala que el derecho de defensa incluye un tiempo adecuado para tomar conocimiento de los cargos así como para

28 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 6260-2005-PHC/TC del 12/09/2005.

29 RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 132.

30 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10-2002-AI-TC del 3/01/2003.

31 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 10-2002-AI-TC del 3/01/03.



la preparación de la defensa, esto es, para contradecir las imputaciones en todos sus extremos.

En el esquema procesal penal, el derecho de defensa es extendido también a la persona jurídica (artículo 93 del NCPP), así como al tercero civil (artículo 113 del CPP).

2. Primacía del derecho de defensa del imputado

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 8; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 y el Código Procesal Penal, artículo 84, han establecido facultades de la defensa para que tenga una participación activa durante el proceso penal (a través de sus conocimientos, participando en todas las diligencias, aportando pruebas, incorporando conocimientos de otras especialidades al proceso, etc.), el mismo que aplaudimos y consideramos que la defensa debe ser central más aún cuando existe un enorme porcentaje de error judicial y una morosidad que ha sumido al Poder Judicial en desprestigio enorme.

3. Derecho de defensa del agraviado

El derecho de defensa del agraviado que le otorga el artículo IX del CPP (derecho de información y participación) no es tan amplio como lo expuesto para el imputado. Sin embargo, en contraste con esta posición del Código Procesal Penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que existe una afectación al derecho de defensa "(...) cuando las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la Dincote, cuando se les nombró un defensor de oficio"³².

4. Conclusión preliminar

El derecho de defensa no tiene utilidad exclusivamente para contrarrestar los cargos que se levantan contra una persona, sino (extensamente) para la defensa de una pretensión, de allí que el testigo, por ser una persona ajena al delito y cuyo aporte constituye una colaboración con

32 Sentencia de la Corte Interamericana del 30 de mayo de 1999, caso Castillo Petrucci. Párrafos 146 y 148. Recogido de la Constitución Comentada II, Gaceta Jurídica, Diciembre del 2005, p. 586.



la justicia no puede quedar excluido del amplio goce del derecho de defensa.

No se trata de restringir las amplias facultades que tiene el imputado, sobre todo en el sistema acusatorio, sino más bien de ampliar el derecho a los demás sujetos procesales, estén vinculados o no al delito.

Considero que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus artículos 284 y 293, contiene una normativa interesante que puede fácilmente ser de utilidad para sustentar el derecho de defensa del testigo, teniendo en cuenta que reconoce el derecho que tiene toda persona a ser patrocinada por el abogado de su libre elección, quien a su vez tiene derecho a defender o prestar asesoramiento a sus patrocinados ante las autoridades judiciales, parlamentarias, políticas, administrativas, policiales y militares y ante las entidades o corporaciones de Derecho privado, ejercicio que no puede ser impedido por ninguna autoridad, bajo responsabilidad.

En el mismo sentido se orientan los artículos 14³³ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8³⁴ de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que prevén el ejercicio del derecho de defensa en la "(...) substanciación de cualquier acusación de carácter penal (...) o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. (...)".

Considero que es adecuado también el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución³⁵, cuyo artículo 1 inciso 26 reconoce el derecho

-
- 33 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Artículo 14.1. "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil".
- 34 Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 8. 1. "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".
- 35 Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución, elaborada por el Congreso de la República en el 2002. Artículo 1. Derechos de la persona. Toda persona tiene derecho (...)

de defensa de todas las personas sin excepción, desde que son citadas, sin diferenciar al destinatario ni al objeto de la citación, sea judicial, administrativa, extrajudicial, en calidad de inculpado, testigo, agraviado, etc., es decir, una manifestación amplia e ilimitada del derecho de defensa.

IV. VINCULACIÓN ENTRE LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL Y EL DERECHO A LA DEFENSA

El testigo, durante el proceso penal, puede sufrir ataques contra su vida, familia o bienes, sobre todo cuando su testimonio es importante para descubrir mafias o redes criminales de corrupción, narcotráfico, terrorismo o crímenes de lesa humanidad. La noticia policial registra muchos testigos que han muerto antes de brindar su testimonio.

Respecto de la protección de testigos podemos apreciar los pronunciamientos del sistema interamericano. Con fecha 5 de junio de 1990, el presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 23.4 del Reglamento de la Corte, dictó una resolución para proteger el derecho a la vida de los testigos del caso en el que se investigaba el asesinato del periodista Hugo Bustíos Saavedra³⁶.

Igualmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 17 de mayo del 2007, dictó una resolución requiriendo al Estado peruano para que mantuviera las medidas necesarias para proteger la vida e integridad personal del testigo, señor Luis Alberto Ramírez Hinojosa, su esposa Susana Silvia Rivera Prado, y de sus tres hijas: Yolanda Susana Ramírez Rivera, Karen Rose Ramírez Rivera y Lucero Consuelo Ramírez Rivera.

Según el diario *La República*, los principales testigos de las conexiones entre el empresario Fernando Zevallos y el narcotráfico habrían recibido amenazas o fueron contactados por personajes cercanos al ex propietario de Aerocontinente³⁷.

El artículo 32 del Convenio Internacional de Naciones Unidas contra la corrupción establece normas para proteger a los testigos, señalando que

26. Al debido proceso. En consecuencia (...) d). Nadie puede ser privado del derecho de defensa. Toda persona tiene derecho a comunicarse personal y confidencialmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad (...)"

36 Informe N° 38/97 del Caso 10.548, Hugo Bustíos Saavedra del 10/10/1997.

37 <http://www.aprodeh.org.pe/noti-apr/2005/06feb2005.htm>.

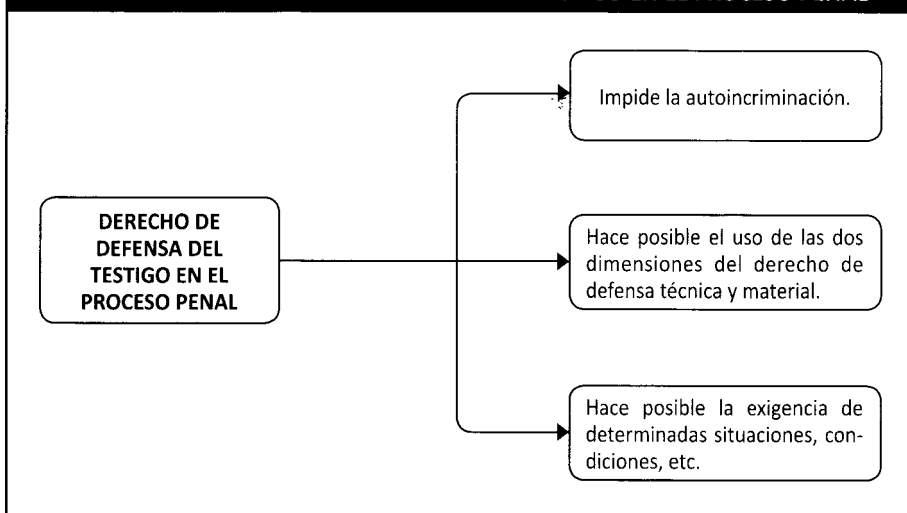


cada estado-parte deberá tomar medidas adecuadas, en coherencia con su normatividad jurídica interna, para brindar una eficaz protección a testigos y peritos, así como a sus familiares y demás personas cercanas.

En tal sentido, la Ley N° 27378 (para casos de corrupción y violaciones de derechos humanos), Decreto Legislativo N° 925 (para casos de delito de terrorismo) y Ley N° 28008 (para casos de ilícitos aduaneros) establecen beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, teniendo sustento en principios tan importantes como el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Desde el 20 de julio de 2005, se encuentra en el Congreso de la República una iniciativa legal del Poder Ejecutivo presentada al Congreso de la República, el Proyecto N° 13398/2004-PE, “Ley sobre el proceso de beneficio por colaboración eficaz y sobre el sistema de protección de colaboradores, agraviados, testigos y peritos” y que aún se mantiene en la Comisión de Justicia, que pretende unificar las tres normas antes mencionadas (Ley N° 27378, Decreto Legislativo N° 925 y Ley N° 28008).

No obstante creemos que no basta con brindar al testigo un pleno ejercicio del derecho de defensa únicamente en los casos en que su vida corra peligro o cuando a través de su testimonio se pretenda identificar a bandas, o grupos que entrañan un considerable peligro para la sociedad. Por el contrario, el derecho de defensa de los testigos debe ser una norma general para cualquier caso penal.

ESTRUCTURA DEL DERECHO DE DEFENSA DEL TESTIGO EN EL PROCESO PENAL



V. CONCLUSIÓN

Consideramos que los testigos que contribuyen a esclarecer un tema penal, en estos tiempos donde la criminalidad utiliza todos los avances tecnológicos y científicos, requieren de una normatividad que les brinde una mayor protección y que les permita el ejercicio constitucional a la defensa para sus derechos e intereses.

De una revisión del Código de Procedimientos Penales y del Código Procesal Penal, podemos observar que no existe un reconocimiento normativo expreso y general del derecho de defensa a favor de los testigos. Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Público o cualquier otro sujeto procesal no puede suplir el derecho de defensa del testigo, por cuanto por derecho propio le corresponde ejercerlo sin ninguna limitación, respecto de sus intereses y pretensiones. En ese sentido, restringir el derecho de defensa al testigo, por cualquier autoridad o funcionario judicial o fiscal, es coactar una pieza importante dentro del esquema procesal penal.

En un Estado Constitucional de Derecho, no hay sujeto jurídico que participe en un procedimiento o proceso y carezca del derecho a un debido proceso. Al contrario, su circunstancial desconocimiento daría lugar a que el procedimiento o proceso pueda ser declarado nulo y, a un eventual resarcimiento por los daños ocasionados, cuando se trate de un proceso judicial³⁸.

Consideramos que el testigo puede exigir determinadas condiciones, excepciones, situaciones especiales, etc. dentro del proceso penal e incluso ante una denegatoria podría acudir a la instancia superior, apelando a la resolución que le es adversa.

Es preciso recordar que el derecho de defensa no resulta útil únicamente para defenderse de cargos sino que también contribuye al mejor ejercicio de una pretensión, de una posición adecuada en el proceso, para la consecución de determinados derechos premiales, en aquellos casos, en que se desbarata organizaciones criminales así como para gozar de adecuadas protecciones contra su vida y la de su familia.

38 MONROY GÁLVEZ, Juan. *Debido proceso y tutela jurisdiccional. La Constitución comentada*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Febrero del 2006, p. 497.



COMENTARIO 2:

EL TESTIGO Y SU DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ya desde hace algún tiempo, la afirmación de que el imputado tiene el derecho fundamental a no autoincriminarse, ha venido asentándose tanto en la doctrina nacional y extranjera, como en la legislación y la jurisprudencia. En tal sentido, toda declaración que preste el imputado y que signifique un reconocimiento de su responsabilidad penal, configura una manifiesta vulneración de este derecho, siempre que no haya mediado libre voluntad para prestarla; y dado, que, se trata de un derecho fundamental, su violación determina directamente que lo declarado constituya un material no susceptible de valoración judicial, es decir, estaremos ante un supuesto evidente de prueba prohibida, que en ningún caso puede utilizarse para fundar una decisión judicial y menos una sentencia condenatoria.

Ahora bien, debemos reconocer que el derecho a no autoincriminarse ha nacido esencialmente como garantía del imputado o acusado en un proceso penal, vale decir, siempre ha estado vinculado con la posición de quien dentro del proceso penal, formalmente, tiene tal condición; así, el profesor Montero Aroca ha señalado claramente que “las constituciones suelen aludir a que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y así lo dice también el artículo 14.3, g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, (...)”.¹ No obstante ello, en el supuesto de personas detenidas a nivel policial (por delito flagrante) aunque formalmente no tengan la condición de imputados, pues, todavía no se ha emitido el auto de apertura de instrucción, se les reconoce el derecho a no autoincriminarse, porque ya existe a ese nivel la imputación de un hecho considerado como delito.

Así configurada la titularidad de este derecho, y considerando la importancia y trascendencia del efecto jurídico que dimana de su vulneración, es menester preguntarnos lo siguiente: **¿Puede considerarse que este derecho**

* Abogado del Estudio Pérez Arroyo y asociados.

1 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del Proceso Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 156.



fundamental asiste a las personas que declaran como testigos en el proceso penal? ¿Se vulnera este derecho cuando una persona es inculpada, y hasta condenada sobre la base de su testimonio prestado en otro o en ese mismo proceso penal?

Para una mayor concreción del problema, hipotéticamente pensemos en el caso del señor Díaz quien habiendo prestado declaración como testigo en una determinada causa, se encuentra sujeto a proceso penal sobre la base de esa testimonial, y lo que es peor, ahora, se pretende fundar una sentencia condenatoria en su contra; por ello, con la pretensión de dar una respuesta a tales interrogantes, en las próximas líneas, se intentará dilucidar si las declaraciones vertidas por una persona en calidad de testigo tienen validez inculpativa que permitan fundar un auto de procesamiento o una sentencia condenatoria en su contra.

2. EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Ciertamente, la Constitución Política de nuestro país no alberga ninguna disposición que expresamente reconozca el derecho de todo imputado a no inculparse a sí mismo; no obstante ello, existen dos disposiciones constitucionales que posibilitan el reconocimiento y concreción de otros derechos que expresamente no han sido consagrados en la Constitución: el primero, establecido en el artículo 3, refiere que los derechos fundamentales enumerados de forma expresa en el texto constitucional, no excluyen otros derechos 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; en tanto que el segundo, que aparece en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, prescribe que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Sobre esta base, y en relación al denominado derecho a la no autoincriminación, el supremo intérprete de la Constitución ha dejado establecido lo siguiente:

“La garantía de la no inculcación constituye también un contenido del debido proceso y está reconocida de manera expresa en instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.3.g), y la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 8.2.g) Di-



cha garantía consiste en el derecho a no declararse culpable ni a ser obligado a declarar contra sí mismo. (...)”.

En un intento por describir el contenido y comprender el sentido de este derecho, puede afirmarse, de la mano de Bacigalupo³, que el Estado debe ser el garante de que **el sospechoso no se incrimine contra su voluntad**, lo que a su vez determina que deba **de instruirse a cualquier persona que es interrogada como posible autor de un delito sobre los derechos que tiene reconocidos**, especialmente sobre el derecho a guardar silencio y a no declararse culpable.

Como todo derecho fundamental, la no autoincriminación constituye un verdadero límite a la actividad probatoria desplegada por el Estado en la persecución del delito⁴, en concreto, puede decirse que limita la obtención de elementos probatorios, pues, la idea que ha quedado afirmada como una auténtica “carta de triunfo” para todos los ciudadanos es que, **en materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo**.

Evidentemente, y asumiendo la tesis de que ningún derecho es absoluto, si el imputado o acusado, luego de haber sido informado de los derechos que le asisten, decide declarar en contra suya, o más concretamente decide reconocer o aceptar su responsabilidad penal, narrando su participación en el hecho delictivo investigado, entonces, el derecho fundamental en comento no habrá sido vulnerado. Este reconocimiento de los hechos imputados constituye en esencia la confesión, respecto a la cual es frecuente y signo de prudente racionalidad, que los ordenamientos jurídico procesales establezcan requisitos adicionales que tienen como finalidad reforzar la garantía de no autoincriminación a efectos de que tales declaraciones puedan valorarse como actos de investigación o de prueba; así, se exige la presencia del abogado, que la declaración se haya prestado ante una autoridad competente, entre otras⁵.

2 STC. Exp. N° 1808-2003-HC/TC, 14/08/2003, Fun. 7.

3 Citado por JAEN VALLEJO, Manuel. *Derechos Fundamentales del Proceso Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 2004, p. 185.

4 Expresamente reconoce al derecho a no autoincriminarse como un límite a la actividad probatoria, MORA MORA, Luis Paulino. “La prueba como derecho fundamental”. En: *Investigación y Prueba en el Proceso Penal*, Gonzáles-Cuellar Serrano, Nicolás (Director), Editorial Colex, Madrid, 2006, pp. 91 y 92. Maier desarrolla este derecho bajo la denominación de “Límites formales para la averiguación de la verdad”, MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 2ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 663 a 675.

5 En relación a la confesión, que es un caso manifiesto de autoincriminación, la legislación peruana (artículo 136 del Código de procedimientos penales) exige que esté corroborada

Por otro lado, se ha señalado en la teoría de los derechos fundamentales que éstos se erigen como auténticos límites al poder del Estado, pues, en su estructura esencial definen derechos subjetivos que determinan, por un lado, facultades y poderes en cabeza de los particulares, y por otro, obligaciones o deberes a cargo del Estado. Si la no autoincriminación es un derecho fundamental que posee la estructura ya referida, y que ciertamente puede entenderse como un típico derecho público subjetivo que determina en el Estado una prestación negativa o de no hacer; entonces, parece necesario concretar cuál o cuáles serían las obligaciones del Estado ante este derecho fundamental:

- En principio, se afirma que el Estado **no puede obligar al imputado a declarar en su contra, pero, también es válido sostener que no se puede obligar a ninguna persona, a declarar en contra de sí misma**; debiendo entenderse la acción de obligar no solo en relación al uso de la fuerza física sino también al uso de la amenaza.
- Pero, además, **resulta absolutamente razonable que el Estado no deba propiciar por ningún medio y bajo ninguna circunstancia que el imputado, y en general cualquier persona, (evidentemente también el testigo) declare en su contra**; y decimos en su contra, pues, con base en esa declaración se podría iniciar la investigación judicial o en su caso arribar a una sentencia condenatoria (por ejemplo, el testigo que luego es procesado, y quizás condenado, sobre la base de lo que él mismo ha testificado). Por ello, en las declaraciones testimoniales, será necesario que el magistrado competente informe a la persona de los derechos que le asisten, entre ellos, del derecho a no declarar en su contra; porque cuando no se procede de tal modo, se estará propiciando declaraciones autoincriminatorias que no tendrán validez alguna.
- Por último, evidentemente sin negar la posibilidad que puedan concretarse otras obligaciones en función a las particularidades de cada caso, **el Estado no debe valorar la autoincriminación que hace el imputado o cualquier persona** (el testigo que formalmente no es imputado,

con otros medios de prueba a efectos de poder dar por concluida la instrucción. Asimismo, la Corte Suprema hace referencia a la espontaneidad, como requisito de la confesión, en la sentencia recaída en el R. N. N° 3664-2003, Madre de Dios, del 24/05/2004. Finalmente, el Nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 160, además de las exigencias ya señaladas sobre la confesión, refiere que tendrá valor probatorio cuando: b) Sea prestada libremente y en estado normal de las facultades psíquicas; y, c) Sea prestada ante el Juez o el Fiscal en presencia de su abogado”.

pero que materialmente se encuentra en la misma situación, **pues se entiende que él no quiere declarar en su contra**); es decir, **el Estado tiene la obligación de no fundamentar una decisión judicial, menos una condena, en la declaración que una persona presta en contra de sí misma, sea como imputado o testigo**, salvo que, dicha declaración se haya producido con libre voluntad y en cumplimiento de los requisitos que permitan otorgarle validez probatoria.

3. LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL Y EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN

Para Víctor Moreno Catena⁶, la prueba de testigos consiste en que **un tercero** preste oralmente una declaración sobre los hechos relevantes para la causa, mediante la cual se pretende lograr la convicción del juzgador en relación con la materia sobre la que se declara; el testigo es una persona física, **ajena al proceso**, citada por el órgano jurisdiccional a fin de que preste declaración sobre hechos pasados, relevantes para el proceso penal que se sigue **contra otra persona y no en su contra**, en orden a la prueba y constancia de la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, adquiriendo, por ello, un status procesal propio que determina un tratamiento jurídico diferente del provisto al imputado.

Aunque, ciertamente hay diferencias entre la declaración de testigos en la fase sumarial que esencialmente sirve para valorar si procede o no el juicio oral, y la prueba de testigos propia de la fase plenaria donde se formará la convicción judicial de condena, sin embargo, nuestro análisis gira en torno a ambas, debido principalmente, a que en el Derecho Procesal Penal peruano, en concreto, en las normas que regulan el proceso sumario, la declaración en fase de instrucción constituye prueba al no existir fase de enjuiciamiento.

Entonces, si el testigo, es un tercero que a través de su declaración informa sobre los hechos que conoce en relación al delito que se investiga en contra de otra persona, ello significa que, no presta declaración sobre hechos en los que él está implicado formalmente como imputado o procesado, pues, de estar en esta condición y status procesal, evidentemente su tratamiento procesal diferiría notablemente.

6 GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor, MORENO CATENA y Valentín, CORTÉS DOMÍNGUEZ. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pp. 377 -378.



Pero, qué sucede si el testigo tratando de honrar su juramento o promesa de decir la verdad, al declarar, narra hechos en los que directa o indirectamente, expresa o tácitamente se está inculcando; y qué sucedería, si sobre la base de tales declaraciones se pretende afirmar la suficiencia de elementos de juicio para su inclusión como imputado en el mismo proceso en que declaró como testigo, o en otro proceso. Así planteado el problema, tales supuestos, desde nuestra perspectiva, configurarían una manifiesta vulneración del derecho a no autoincriminarse, fundamentalmente por las siguientes razones:

- a) El derecho a no auto inculparse debe entenderse como el derecho de toda persona, imputado o no, a no declarar en contra de sí mismo, a no inculparse.
- b) Si bien es cierto que el instituto de la confesión no implica la vulneración del derecho a no autoincriminarse, porque en ella el imputado es conciente de lo que hace, exigiéndose libre voluntad como requisito de validez, pues, la confesión es inadmisibles e inconcebibles cuando el imputado es forzado, cuando simplemente no quiere, no tiene voluntad de hacerlo; no lo es menos, afirmar que la declaración que un testigo presta en contra suya no es un acto voluntario, ya que éste no quiere inculparse, no quiere atribuirse el delito, y tampoco sabe que lo hace, pues, al rendir su testimonio tiene pleno conocimiento que su condición no es la de procesado o imputado. Dentro de esta perspectiva, puede notarse que **el elemento libre voluntad** resulta de cardinal importancia, de manera que, **si puede admitirse que alguien (también el testigo) declare en su contra o se autoincrimine, ello será únicamente posible en tanto el sujeto sepa que lo hace, y por ende quiera hacerlo**. Al respecto, debe tenerse claro que no se puede querer algo que no se conoce, solo si el sujeto sabe o conoce que declara en su contra podrá afirmarse que sí lo hace, y no media otra causa, es porque lo quiso.
- c) Si bien, ha sido frecuente afirmar este derecho o garantía como previsto a favor del imputado o acusado, sin embargo, ya en el caso de los detenidos a nivel policial se ha hecho evidente que la titularidad de este derecho no depende exclusivamente de esta formalidad, pues, a ellos se les reconoce el derecho por estar en una situación fáctica marcada por la probabilidad de estar incurso como imputados en el proceso penal, y fundamentalmente, porque desde ya existe la imputación de un hecho considerado como delito. En todo caso, debe resaltarse que la formalidad de ser imputado o acusado en un proceso penal, no debe impedir

la **fuerza expansiva**⁷ inherente a los derechos fundamentales; **fuerza expansiva que de la mano del principio Pro Homine**⁸, en relación a este derecho y en atención a concretas circunstancias de hecho, permiten advertir que su titular también puede ser el testigo.

- d) Todo testigo que con su declaración se autoincrimina sin saberlo (pues cree estar colaborando con la justicia al informar sobre los hechos delictivos investigados en relación a los cuales es un tercero), se encontrará materialmente en la misma situación que el imputado que se ve forzado a autoincriminarse, conforme lo expusimos en el literal “b”, si sobre la base de ese testimonio se pretende fundar un auto de procesamiento en su contra, y hasta quizás una sentencia condenatoria; pero, **aun cuando el testigo sepa y sea conciente que con su declaración se va a incriminar**, su voluntad seguirá viciada fundamentalmente por dos razones: primero, porque según la regulación procesal vigente el testigo está obligado a declarar (solo algunas personas no podrán ser obligadas a declarar)⁹; y segundo, porque según la regulación penal sustantiva si el testigo se abstiene de prestar su declaración o si hace falsa declaración

7 El Tribunal Constitucional ha establecido que “los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, **pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.**”, véase: Exp. N° 1124-2001-AA. 11/07/2002, FJ. 8. Asimismo, Robert Alexy, sobre el efecto de irradiación de las normas iusfundamentales, cita al Tribunal Constitucional Federal de Alemania quien ha establecido que “(…), las normas iusfundamentales contienen no solo derechos subjetivos de defensa del individuo frente la Estado, sino que representan, al mismo tiempo, un orden valorativo objetivo que, en tanto decisión básica jurídico constitucional, vale para todos los ámbitos del derecho y **proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la justicia**”, ALEXI, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 507. El resaltado es nuestro.

8 Sobre él, dice Marcial Rubio: “(…) el principio Pro Homine conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y **a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles, por tanto, mayor protección.** La regla general es que los derechos se aplican cada vez que exista la posibilidad de hacerlo y, aun en el caso de diversas interpretaciones posibles, **es necesario elegir la más favorable a ellos.**” RUBIO CORREA, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2005, p. 369. El resaltado es nuestro.

9 El artículo 141 del Código de Procedimientos Penales establece quienes no podrán ser obligados a declarar, por lo que interpretando en sentido contrario, se entiende que las personas que no estén comprendidas en este artículo, sí podrán ser obligadas, y ciertamente están obligadas, a declarar.



incurrirá en delito¹⁰. Ciertamente, la correcta interpretación de todos estos supuestos, deberá excluir de su ámbito de aplicación el ejercicio del derecho a no autoincriminarse.

Entonces, considerando estas razones esgrimidas, cabría preguntarse lo siguiente: el testigo que se ve inculcado por su propio testimonio, **¿habría declarado de esa forma si supiera que ello va a ocurrir o si no existiera la obligación de declarar y la amenaza de incurrir en delito?** Naturalmente, la respuesta es negativa; entonces, **¿puede tomarse esa declaración testimonial para determinar un auto de apertura de instrucción en su contra o para establecer su responsabilidad penal?** Nuestra respuesta también es negativa en este caso, pues, el sujeto no quiso declarar en su contra.

4. SU RECONOCIMIENTO EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Quizás nuestra posición podría ser tildada de exagerada, y hasta posiblemente de absurda, cosa que parece común cuando se trata de innovar, pero, la tesis propuesta ni es tan novedosa¹¹ y menos absurda, pues, además de sus propios fundamentos que intentamos plasmar en este escrito, el derecho de los testigos a no autoincriminarse ha quedado reconocido en la legislación extranjera; así:

- a) En el ordenamiento procesal penal Español, el legislador ha establecido diversos casos en que se exime al testigo del deber de declarar; se exime por incapacidad física o moral, pero también hay exención de declarar para evitar la propia inculcación del testigo, esto último, esencialmente en aplicación del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 Constitución de España), pues, siguiendo a Moreno Catena¹², **no puede obligarse a persona alguna a manifestar algo que le pueda inculpar.**

10 El artículo 371 y 409 del Código Penal vigente, contienen la descripción del delito de Negativa a Colaborar con la Administración de Justicia y Falso Testimonio, respectivamente.

11 Ya el maestro Jorge Clariá Olmedo, reconocía la posibilidad de aplicar esta garantía de la no autoincriminación a los testigos y peritos, en CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1960, p. 260.

12 MORENO CATENA, Víctor, en: GIMENO SENDRA, Vicente, y otros. Ob. cit., p. 381. Idéntica interpretación sobre la ley de enjuiciamiento criminal española, en el sentido de afirmar que el testigo está exento del deber de declarar, para evitar su propia inculcación, en ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo (artículo 24.2 de la Constitución española), puede verse en: ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de Investigación en el Proceso Penal*, 2ª Edición, Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 233.



- b) Mencionando expresamente **la relación existente con el principio de no autoincriminación**, el artículo 305 del Código Procesal Penal de Chile, establece que todo testigo tiene el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pueda acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Según Horvitz Lennon¹³, “se impone la **obligación de informar** al testigo acerca de su facultad de abstenerse antes de comenzar cada declaración (artículo 302, inciso 2 CPP).”
- c) En relación a la Ordenanza Procesal Alemana, Roxin¹⁴ ha señalado que “todo testigo **puede negarse a contestar** aquellas preguntas cuya respuesta (¡conforme a la verdad!), lo expondría a él mismo o a un pariente cercano al peligro de ser perseguido por un hecho punible o por una contravención, § 55. (...). **El testigo debe ser informado sobre el derecho de abstenerse de responder** (§ 55, II)”.

Pero, además de la recepción que ha tenido este derecho en la legislación de otros países, el legislador nacional, con buen criterio, ha establecido en el Nuevo Código Procesal Penal lo siguiente:

“Artículo 163.2. El Testigo no puede ser obligado a declarar sobre hechos de los cuales podría surgir su responsabilidad penal. (...).

Artículo 170.1. Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, (...). Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de la cuales pueda surgir su responsabilidad penal.¹⁵”

5. EL VALOR PROBATORIO DE LAS DECLARACIONES TESTIMONIALES AUTOINCRIMINATORIAS

En la actualidad, puede considerarse pacífica la posición doctrinal que rechaza la admisión y ciertamente, la valoración de la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales, pues, como lo ha dicho

13 HORVITZ LENNON, María Inés; y, Julián, LOPEZ MASLE. *Derecho Procesal Penal Chileno*, T. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 278. El resaltado es nuestro.

14 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Trad. De la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 229. El resaltado es nuestro.

15 El resaltado es nuestro.

Vives Antón¹⁶, solo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales, puede estimarse como jurídicamente válida.

Refiriéndose a esta postura doctrinal dominante, el profesor San Martín Castro¹⁷, señala:

“Consecuentemente, en tanto se asuma la inadmisibilidad y, en su caso, la no valorabilidad de la prueba prohibida, son dos los efectos de esta postura, hoy ampliamente aceptada. El primero, negativo, que significa que la vulneración de las disposiciones que la regulan da lugar a la falta de efectos de la prueba obtenida, a la imposibilidad de apreciación e incluso de aportación al proceso. El segundo, positivo, que se concreta en la obligación que a todos produce de respetar la normativa procesal garantista y que, a su vez, conduce a que se cumplan las prescripciones normativas, obligando a que el proceso se someta al derecho, cumpliéndose entonces uno de los pilares del Estado de Derecho”.

Siendo, entonces, que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida, y en concreto, de su valorabilidad, reside en el valor preferente de los derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la conclusión lógica y natural es que una resolución judicial, si pretende validez y legitimidad, no podrá fundamentarse en una prueba o en elementos de juicio obtenidos a través de diligencias de investigación que hayan vulnerado un derecho fundamental.

La no autoincriminación, como todo derecho fundamental, se erige como límite a la actividad persecutoria y punitiva del Estado, pues, cuando se produzca su afectación, lo que pretenda probarse con dicha actuación, será de valoración prohibida. De esta manera, siendo el testigo titular de este derecho, si se produce su vulneración a través de una declaración testimonial, conforme lo expusimos líneas arriba, el juez, vinculado por la Constitución, no podrá, y ciertamente no deberá, fundar ninguna resolución en dicha declaración, y menos podrá sostener una sentencia condenatoria.

16 Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal*. 2ª edición, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, p. 56. En el mismo sentido, GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Ob. cit., p. 370.

17 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, T. II, 2ª Edición, Grijley, Lima, 2003, p. 869.



6. CONCLUSIÓN

En atención a los problemas planteados en el apartado correspondiente, y luego de haber expuesto algunos de los fundamentos que creímos imprescindibles, podemos arribar a las siguientes conclusiones:

1. El derecho a la no autoincriminación **asiste al testigo, y así debe ser reconocido en el ordenamiento constitucional y legal**. Y, es que si bien, siguiendo a Maier¹⁸, nadie discute que el ámbito principal de operatividad del principio es la declaración del imputado, sin embargo, una correcta inteligencia del principio no puede limitar su aplicación a la situación procesal de haber sido indicado como partícipe en el hecho punible objeto del procedimiento.
2. Por ello, si el testigo resulta como imputado en el mismo proceso penal en el que declaró o en otro, por sus mismas declaraciones autoinculpatorias, se habrá vulnerado el derecho fundamental ya mencionado, en tanto y en cuanto, no lo haya hecho voluntariamente.
3. Al haberse producido la vulneración del derecho fundamental ya referido, **se ingresa en el terreno de la prueba prohibida**, razón por la cual, **no es conforme a Derecho, que sobre esa base de investigación o probatoria pueda procesarse o condenarse a una persona (el testigo que se incrimina a sí mismo)**.
4. Para evitar que se vulnere el derecho a no autoincriminarse, y para permitir que dichas declaraciones tengan plena validez, deberá ponerse en conocimiento del testigo, que tiene derecho a no contestar aquellas preguntas que podrían inculparlo o involucrarlo en los hechos investigados o en otro delito.
5. Si la vulneración del derecho a no autoincriminarse del testigo impide que se emita un auto de procesamiento en su contra, con mayor razón, queda proscrita la posibilidad de emitir sentencia condenatoria.



18 MAIER, Julio B. J. Ob. cit., p. 674.

Artículo 167. Testimonio de Altos Dignatarios

1. *El Presidente de la República, Presidente del Consejo de Ministros, Congresistas, Ministros de Estado, Magistrados del Tribunal Constitucional, Vocales de la Corte Suprema, Fiscal de la Nación, Fiscales Supremos, miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones y del 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 la Regiones, Cardenales, Arzobispos, Obispos, o autoridades superiores de otros cultos religiosos, y demás personas que la Ley señale, declararán, a su elección, en su domicilio o en su despacho. El Juez podrá disponer se reciba su testimonio por escrito, cursando el pliego interrogatorio correspondiente, el mismo que se elaborará a instancia de las partes.*
2. *Se procederá en la forma ordinaria, salvo el caso de los Presidentes de los Poderes del Estado y del Presidente del Consejo de Ministros, cuando el Juez considere indispensable su comparecencia para ejecutar un acto de reconocimiento, de confrontación o por otra necesidad.*

Artículo 168. Testimonio de Miembros del Cuerpo Diplomático

A los miembros del Cuerpo Diplomático o Consular acreditados en el Perú se les recibirá su testimonio, si están llamados a prestarlo, mediante informe escrito. Para tal efecto se les enviará, por conducto del Ministro de Relaciones Exteriores, el texto del interrogatorio que será absuelto bajo juramento o promesa de decir verdad. De igual manera se procederá si el agente diplomático o consular culminó su misión y se encuentra en el extranjero.

Artículo 169. Testigos residentes fuera del lugar o en el extranjero

1. *Si el testigo no reside en el lugar o cerca de donde debe prestar testimonio, siempre que resulte imposible conseguir su traslado al Despacho judicial, se podrá disponer su declaración por exhorto. De ser posible, y con preferencia, podrá utilizarse el medio tecnológico más apropiado, como la videoconferencia o filmación de su declaración, a la que podrán asistir o intervenir, según el caso, el Fiscal y los abogados de las partes.*
2. *Si el testigo se halla en el extranjero se procederá conforme a lo dispuesto por las normas sobre cooperación judicial internacional. En estos casos, de ser posible, se utilizará el método de videoconferencia o el de filmación de la declaración, con intervención –si corresponde– del cónsul o de otro funcionario especialmente habilitado al efecto.*

Artículo 170. Desarrollo del interrogatorio

1. *Antes de comenzar la declaración, el testigo será instruido acerca de sus obligaciones y de la responsabilidad por su incumplimiento, y prestará juramento o promesa de honor de decir la verdad, según sus creencias. Deberá también ser advertido de que no está obligado a responder a las preguntas de las cuales pueda surgir su responsabilidad penal.*
2. *No se exige juramento o promesa de honor cuando declaran las personas comprendidas en el artículo 165, inciso 1), y los menores de edad, los que presentan alguna anomalía psíquica o alteraciones en la percepción que no puedan tener un real alcance de su testimonio o de sus efectos.*
3. *Los testigos serán examinados por separado. Se dictarán las medidas necesarias para evitar que se establezca comunicación entre ellos.*
4. *Acto seguido se preguntará al testigo su nombre, apellido, nacionalidad, edad, religión si la tuviera, profesión u ocupación, estado civil, domicilio y sus relaciones con el imputado, agraviado o cualquier otra persona interesada en la causa. Si teme por su integridad podrá indicar su domicilio en forma reservada, lo que se hará constar en el acta. En este último caso, se dispondrá la prohibición de la divulgación en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. La Fiscalía de la Nación y el órgano de gobierno del Poder Judicial dictarán las medidas reglamentarias correspondientes para garantizar la eficacia de esta norma.*
5. *A continuación se le interrogará sobre los hechos que conozca y la actuación de las personas que le conste tengan relación con el delito investigado; asimismo, se le interrogará sobre toda circunstancia útil para valorar su testimonio. Se procura la claridad y objetividad del testigo por medio de preguntas oportunas y observaciones precisas.*
6. *Son inadmisibles las preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas, salvo esta última, en el conainterrogatorio. El fiscal o el juez, según la etapa procesal que corresponda, las rechazará, de oficio o a pedido de algún sujeto procesal.^(*)*

(*) Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley N° 30076, publicada el 19-08-2013.

Artículo 171. Testimonios especiales

1. *Si el testigo es mudo, sordo o sordo mudo, o cuando no hable el castellano, declarará por medio de intérprete.*



2. *El testigo enfermo o imposible de comparecer será examinado en el lugar donde se encuentra. En caso de peligro de muerte o de viaje inminente, si no es posible aplicar las reglas de prueba anticipada, se le tomará declaración de inmediato.*
3. *Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo.*

CONCORDANCIAS: Acuerdo Plenario N° 1-2011-CJ-116 (Acuerdo Plenario en materia penal sobre la Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual)

4. *Cuando se requiere que el testigo reconozca a una persona o cosa, debe describirla antes de serle presentada. Luego relatará, con la mayor aproximación posible, el lugar, el tiempo, el estado y demás circunstancias en que se hallaba la persona o cosa cuando se realizó el hecho.*
5. *Para la declaración del agraviado, rigen las mismas reglas prescritas para los testigos.*

COMENTARIO:

LA VIDEOCONFERENCIA COMO MEDIO TÉCNICO EN EL PROCESO PENAL*

LUZ SÁNCHEZ FIGUEROA**

MARCO NORMATIVO:

- Código Procesal Penal de 2004: 169.1 y 248.2.

I. INTRODUCCIÓN

El inicio de la reforma procesal en Huaura impuso nuevas formas de realizar la investigación del delito y, en general, nuevas formas de realizar los actos procesales.

* “El modelo de proceso siempre indica el modelo de civilización” (Luigi Ferrajoli).

** Fiscal Adjunta Superior de la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Huaura.



Desde el comienzo empezamos a observar con mucha expectativa los primeros cambios en la justicia penal. Así, nos llamaba la atención la idea de intervenir en audiencias públicas que se registraban en video y luego en audio. De a poco empezamos a acostumbrarnos a la idea de que el soporte escrito era reemplazado por la oralidad, la que revelaba no solo más eficiencia, sino también mayor transparencia.

Ciertamente, los fiscales empezamos a “hacer camino al andar”; no teníamos a quién consultar sobre situaciones o problemas reales que se presentaban, por ejemplo, en la investigación preparatoria o en las audiencias, o que surgían de las estrategias de investigación a emplearse. No estaba claro si los fiscales debíamos emplear salidas alternativas masivamente o si los juicios orales debían convertirse en la última opción para garantizar la sostenibilidad del sistema procesal penal.

Tampoco imaginábamos, en ese momento, que el Código Procesal Penal de 2004 traía tantas innovaciones relacionadas al cambio radical de aptitud de los actores del proceso durante la investigación y el juzgamiento.

Pero el cambio significaba mucho más, pues involucra, además de nuevas formas de actuación de los sujetos procesales, la modernización del proceso penal a través de medios tecnológicos.

El rápido desarrollo de la tecnología supone una modificación de las formas de comunicación e información. Así, el internet es no solo una magnífica fuente de información, sino también un medio que permite acortar las distancias y garantizar una comunicación fluida, desde cualquier parte del mundo, a bajo costo.

No hay ciencia ni área del saber humano que permanezca inalterable y que no se involucre con este desarrollo. El Derecho, especialmente el Derecho Procesal Penal, no es la excepción, de modo que su modernización implica encontrar formas de realización de actos de investigación o jurisdiccionales que garanticen un proceso eficiente. No olvidemos que un proceso penal será eficiente en la medida que se logren sus fines en el menor tiempo posible y al menor costo.

Como bien lo destaca Ortells Ramos¹, existen tres maneras de emplear estas tecnologías en el Derecho, especialmente en el Derecho Procesal:

- a) Como medio auxiliar a la hora de llevar a cabo determinados actos que siguen realizándose en forma tradicional, como ocurre, por ejemplo, con las grabaciones en soporte audiovisual de un juicio oral.

1 Citado por MONTESINOS GARCÍA, Ana. *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*. Marcial Pons, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2009, p. 12.



- b) Como medio en virtud del cual se posibilitan nuevas formas de realización de diversos actos procesales, tal y como ocurre con el empleo del correo electrónico a la hora de realizar las comunicaciones.
- c) Por último, dichas tecnologías pueden emplearse en su plenitud, llegándose a desarrollar un procedimiento enteramente *online*, como viene ocurriendo con determinados procedimientos arbitrales virtuales.

En el presente artículo analizaremos el medio técnico denominado videoconferencia, a propósito del primer proceso penal realizado en Huaura en el que este se utilizó para recabar el testimonio de una ciudadana peruana radicada en Chile.

II. LOS FINES DEL NUEVO PROCESO PENAL Y EL APORTE DE LOS MEDIOS TÉCNICOS

Una de las mayores exigencias de la sociedad y de los usuarios del sistema de justicia penal es precisamente que la “justicia” se realice de manera pronta y oportuna, a través de procesos rápidos, flexibles y no burocráticos, en virtud de los cuales se sancione al responsable de un delito y se indemnice a la víctima.

En ese contexto, el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 (NCPP) ha diseñado varios procesos² y procedimientos³ penales que precisamente tienen por objeto la sostenibilidad del sistema de justicia penal, que solo está

-
- 2 Según sostiene Calamandrei: “el proceso consiste en una serie de actividades realizadas por hombres, que colaboran para la consecución del objeto común que consiste en el pronunciamiento de una sentencia o en poner en práctica una medida ejecutiva; esta colaboración no es simultánea sino sucesiva de modo que las varias actividades que deben ser realizadas por las diversas personas que toman parte en el proceso, se distribuyen en el tiempo y en el espacio siguiendo un cierto orden lógico; casi como en un drama teatral las intervenciones de los actores se suceden no por casualidad, sino siguiendo el hilo de la acción, de modo que la frase sucesiva está justificada por la precedente y, a su vez, da ocasión a la que viene después; el orden en que se desarrolla el discurso de los interlocutores no podrían alterarse sin destruir el sentido. En realidad, para el espectador extraño que asiste en audiencia a un debate público, el proceso se asemeja mucho a un drama con sus personajes y sus episodios, cuyo epílogo está representado por el pronunciamiento de la providencia jurisdiccional”; vide CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil según e/nuevo Código*. Volumen 1, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, p. 318.
 - 3 Según Calamandrei, “proceso” y “procedimiento”, aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen significados técnicos diversos; “procedimiento” indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (v. gr. el procedimiento ante el tribunal de alzada); vide CALAMANDREI, Piero. *Ob. cit.*, p. 318.

preparado para procesar el 13.1 % del total de los casos penales que ingresan al sistema.

De allí que la propuesta de varios tipos de procesos penales se justifique, en primer lugar, en la necesidad de evitar la judicialización del caso, lo que importa que solo aquellos incuestionablemente graves lleguen a sede de juicio oral; y, en segundo lugar, en la posibilidad de que el Ministerio Público emplee procesos abreviados o simplificados (“salidas alternativas”) para lograr, por la vía del consenso, que el proceso termine en breve plazo y la víctima sea efectivamente indemnizada.

Cabe señalar, asimismo, que el NCPP exige un constante monitoreo de la productividad de los magistrados. El éxito del sistema se mide no solo en función de los números, esto es, al *quantum* de los procesos concluidos y de los tiempos empleados, sino también del resultado obtenido. Por ende, no se computará en las cifras de productividad el caso penal sometido a una salida alternativa sino cuando este haya terminado y el imputado haya cumplido con las consecuencias jurídicas ordenadas⁴.

“No existe ningún obstáculo legal para que este procedimiento técnico sea utilizado tanto en los distritos judiciales en los que ya se implementó el nuevo sistema procesal penal como en los que aún continúa rigiendo el Código de Procedimientos Penales”.

Por tal razón, el reto de los fiscales es seleccionar diligentemente los casos penales que ingresarán al sistema, realizar investigaciones orientadas al logro de objetivos claros a través de actos de investigación idóneos (que dependen de la naturaleza del delito que se investiga), evitar juicios orales innecesarios e impulsar intensivamente las salidas alternativas. Todo lo cual requiere variar las tradicionales formas de realización de actos de investigación o de los actos procesales jurisdiccionales.

Las nuevas formas de investigar y los plazos cortos para la realización de los procesos hacen absurdas y obsoletas las tradicionales prácticas, como las notificaciones escritas entregadas personalmente, los exhortos para que los imputados o testigos comparezcan a la Fiscalía o al juzgado desde diversos lugares del país, o las declaraciones de tipo personal. Así, por ejemplo, una notificación fuera de Huaura puede demorar poco más de un mes en realizarse, en tanto que los fiscales solo tenemos veinte días para realizar una inves-

4 Mientras tanto el Sistema de Gestión Fiscal lo registrará como “pendiente”.



tigación preliminar y decidir si formalizamos y continuamos la investigación con control judicial.

Las formas tradicionales no solo resultan sumamente costosas (imaginemos el costo que significa para el testigo o el perito que vive en otra circunscripción territorial, trasladarse hasta la Fiscalía o el juzgado en el que se realizará el acto procesal), sino que impiden en muchos casos que los procesos penales alcancen sus objetivos.

Como bien lo destaca la investigadora Montesinos García: “El ritmo de un proceso puede llegar a ser extremadamente importante y para ello, debemos contar imprescindiblemente con las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información (...)”.

A continuación, dicha autora destaca: “Son tales los avances producidos que ya podemos afirmar que las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información han eliminado la necesidad de los encuentros personales de las partes del proceso y entre estas y los jueces, las audiencias y reuniones podrán llevarse a cabo a través de videoconferencia en un foro electrónico donde cada una de ellas actuará como si en presencia del resto de las partes se encontrara”⁵.

III. CONCEPTO DE VIDEOCONFERENCIA

La videoconferencia es una modalidad de teleconferencia. Entendemos por teleconferencia a la comunicación que puede realizarse a distancia, que se puede realizar vía audioconferencia (únicamente a través audio), videoconferencia (a través de audio, video y datos) o conferencias a través de ordenadores⁶.

Como referencia histórica se sabe que en 1964, la empresa AT &T presentó, en la Feria Mundial del Comercio de Nueva York, un prototipo de video teléfono, denominado *picturephone*, que podía transmitir video y cuyo coste era superior a mil dólares el minuto de transmisión. Se trataba del primer sistema de videoconferencia presentado en el mercado.

Montesinos García, citando a Martín Alcalde, reseña que en los años setentas, los proveedores de redes telefónicas empezaron una transición hacia métodos de transmisión digitales, y que la industria de los ordenadores avanzó enormemente en el poder y la velocidad del procesamiento de datos, mejorándose significativamente los métodos de muestreo y conversión de señales analógicas (como las de audio y video) en bits digitales.

5 MONTESINOS GARCÍA, Ana. Ob. cit., p. 13.

6 *Ibidem*, p. 26.



La necesidad de una compresión de datos digitales fue imprescindible, y a principios de los ochenta comenzó a utilizarse una tecnología conocida como codificación de la Transformada Discreta del Coseno (DCT), mejorándose a mediados de esa época la tecnología de los códecs, observándose al mismo tiempo una baja en los costos.

En los años noventa, los equipos que se vendían eran ya más ligeros y reducidos. Hoy en día, la razón de compresión mayormente empleada es de 1600: (56 kbps), y son diversas las empresas involucradas en esta tecnología, entre ellas destacan Tandberg, Sony, Aethra, Globalmist, Polycom, HP, etc.⁷

El Diccionario de la Real Academia Española define la videoconferencia como la "conferencia mantenida mediante imágenes y sonidos transmitidos por una red de comunicaciones".

El servicio de videoconferencia es un servicio multimedia de comunicación que permite los encuentros a distancia en tiempo real entre distintos grupos de personas que se hallan en diferentes lugares. Etimológicamente, combina la noción de transmisión de imágenes y sonido a distancia (video), y la de conversación o diálogo entre diferentes personas que se expresan alternativamente (conferencia).

Pueden distinguirse dos modelos de videoconferencia: a) La videoconferencia punto a punto, que es la que se realiza estableciendo la comunicación entre dos únicos terminales, y b) La videoconferencia multipunto, es decir, aquella que se realiza estableciendo la comunicación entre más de dos terminales, pudiendo sus participantes mantener una conversación en una reunión virtual. Este tipo de videoconferencia requiere una unidad MCU (multi-point control unit) que gestione la comunicación entre los terminales⁸.

En buena cuenta, señala Montesinos García, este servicio tecnológico permite la conexión en sesiones interactivas a más de dos interlocutores, facilitando el diálogo entre ellos, quienes además podrán verse entre sí.

Este medio tecnológico facilita la comunicación verbal, visual y auditiva, posibilitando el intercambio de información. Para la conexión de este medio tecnológico se requiere de la instalación de un televisor o monitor de alta resolución, capaz de reproducir la imagen y el sonido, así como un equipo de transmisión.

Las bondades de la comunicación a través de la videoconferencia, aplicadas al proceso penal son múltiples:

7 ALCALDE, Martín, citado por MONTESINOS GARCÍA, Ana. Ob. cit., p. 24.

8 Véase MONTESINOS GARCÍA, Ana. Ob. cit, p. 26.



- a) Es integral. La interacción que se da entre los participantes se realiza mediante el envío de imágenes y sonido.
- b) Permite la sincronización, pues la comunicación, esto es, el diálogo entre los participantes, se realiza en tiempo real.
- c) Garantiza la inmediación. El sistema de la videoconferencia empleado en la audiencia en un proceso penal permitirá al juez participar, por ejemplo, controlando el interrogatorio del órgano de prueba. Las partes interactuarán como si estuvieran todas reunidas en un mismo lugar.
- d) Abaratamiento de los costos de notificaciones y exhortos. Los equipos tecnológicos para el uso de videoconferencia no son costosos.
- e) Racionalización del recurso humano. No se necesitarán tantos notificadores ni auxiliares jurisdiccionales para tramitar las notificaciones o exhortos.
- f) Reducción significativa de los tiempos en la realización de actos procesales.

IV. REGULACIÓN DE ESTE MEDIO TÉCNICO EN EL NCPP

El artículo 169.1 del NCPP establece que si el testigo no reside en el lugar o cerca de donde debe prestar testimonio, siempre que resulte imposible conseguir su traslado al despacho judicial, se podrá disponer su declaración por exhorto. De ser posible, y con preferencia, podrá utilizarse el medio tecnológico más apropiado, como la videoconferencia o filmación de su declaración, a la que podrán asistir o intervenir, según el caso, el fiscal y los abogados de las partes.

En el numeral 2 de dicho artículo, establece que si el testigo se halla en el extranjero se procederá conforme a lo dispuesto por las normas sobre cooperación judicial internacional. En estos casos, de ser posible, se utilizará el método de videoconferencia o el de filmación de la declaración, con intervención —si corresponde— del cónsul o de otro funcionario especialmente habilitado al efecto.

El NCPP anota también que el medio técnico videoconferencia debe considerarse como un procedimiento tecnológico idóneo para dar protección al testigo, cuando exista serio riesgo a causa de su testimonio. Así, el artículo 248.2 del NCPP señala:

"2. Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:

(...)



g) Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes”.

V. EL PRIMER JUICIO ORAL EN EL QUE SE UTILIZÓ EL SISTEMA DE VIDEOCONFERENCIA

El primer proceso penal en Huaura en el que se utilizó el sistema de videoconferencia fue el que se siguió contra el ciudadano W.F.R.S., por delito de violación de la libertad sexual, en agravio de E.K.R.CH., respecto a quien el Ministerio Público solicitó la imposición de 25 años de pena privativa de libertad y 5 mil nuevos soles por concepto de reparación civil.

Este proceso se había iniciado en 1999 y, en el lapso de diez largos años, se habían realizado dos juicios orales con las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940. Ambos fueron declarados nulos por la Corte Suprema de la República.

El segundo juicio oral fue anulado debido a que el acusado había logrado, mediante amenazas, que la madre de la agraviada obtuviera de esta una declaración jurada en la cual variaba la sindicación del acusado, que en más de una ocasión y de modo categórico y uniforme había formulado contra él. La madre de la agraviada, lejos de protegerla, y pese a ser la testigo principal del hecho, trató de desacreditarla.

La agraviada, que en el 2009 contaba con 22 años de edad, al instalarse el tercer juicio oral, se presentó a la audiencia y mintió, repitió y se ciñó a lo que decía el texto de la declaración jurada que había preparado la defensa del acusado, quien confiado se había presentado ante el órgano jurisdiccional para ser juzgado, con la plena seguridad de que sería absuelto. En ese momento gozaba de comparecencia con restricciones.

Por ello, se hacía imprescindible recabar la declaración de la tía de la agraviada, quien fue la persona que presentó la denuncia, y llevó a la agraviada a que fuera revisada por una obstetriz y luego por un médico legista.

La dificultad para el Ministerio Público fue ubicar a los testigos y peritos que habían intervenido en la investigación preliminar e instrucción después de diez años, pues sus direcciones habían variado.

Sin embargo, la Fiscalía ubicó a los testigos, a la obstetriz que en 1999 verificó que la agraviada había sido objeto de abuso sexual, y a la psicólogo-



ga de la Demuna de la Municipalidad Provincial de Barranca, quien en 1999 emitió un informe en el que señalaba que la agraviada presentaba un síndrome compatible con abuso sexual. Todos ellos fueron citados a juicio oral, pues, por exigencias de inmediación, era necesario escucharlos para, de este modo, convencer al tribunal con dicha prueba personal.

La tía de la agraviada Edesvita Chamorro Sánchez, principal testigo de cargo del Ministerio Público, radicaba desde hacía ocho años en la ciudad de Santiago de Chile. Su hija, quien también era testigo, había proporcionado tal información a la Fiscalía.

Ante la imposibilidad económica de que la testigo pudiese viajar desde Santiago de Chile a Huacho para rendir su testimonio, se recurrió a la videoconferencia. Este medio técnico fue solicitado por el Ministerio Público para realizar el tercer juicio en setiembre de 2009.

Este justificó su petición precisamente en la utilidad de utilizar la tecnología y colocarla al servicio del proceso penal. Se argumentó que el NCPP regulaba esa posibilidad y si bien el proceso se inició bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales de 1940, no había ningún obstáculo legal para que se empleara dicho medio técnico.

El tribunal admitió la actuación de la testifical a través del medio técnico de la videoconferencia, condicionando al Ministerio Público a realizar el trámite y a efectuar la coordinación con la Fiscalía General de Chile.

“La videoconferencia es un medio tecnológico que serviría de mucho para impulsar la celeridad de los procesos penales y para el logro de sus fines, mediante la actuación oportuna de la prueba de cargo y de descargo”.

La Fiscalía, a través de la carta rogatoria respectiva y el envío de correos electrónicos, se contactó con el funcionario adscrito a la Fiscalía General de Chile, quien mostrando gran eficiencia en este acto de cooperación internacional, en apenas tres días, materializó la conexión con Chile.

El 9 de setiembre de 2009 se realizó la sesión del juicio oral y en ella se recabó el testimonio de Edesvita Chamorro Sánchez desde la Fiscalía General de Chile. Participaron de la declaración, en Chile, para los efectos de la formalidad, el abogado de la Fiscalía General de Chile y el jefe de Interpol en ese país.

La mencionada testigo fue categórica al señalar que el acusado había forzado sexualmente a su sobrina, desde que esta tenía cinco años de edad.



Indicó también que su hermana (la madre de la agraviada) conocía perfectamente de estos hechos, pero que prefería defender al acusado.

Asimismo, se recabó el testimonio del perito médico-legal, quien señaló que evaluó a la víctima en 1999 y que los hallazgos del abuso sexual estaban descritos en el certificado médico-legal que emitió, precisando que estos fueron varios.

Comparecieron también a esa sesión la obstetriz que inicialmente había establecido que la niña presentaba signos de abuso sexual, y finalmente la agraviada, quien al sentirse respaldada acompañó a la representante del Ministerio Público.

Nuevamente rindió su testimonio rectificando la versión que exculpaba a su padrastro) y, entre sollozos, contó pormenores de los repudiables actos de abuso sexual a los que fue sometida desde que tenía cinco años de edad. Explicó que su madre estaba al tanto de ello, pero no denunció al acusado porque sus hermanos dependían del dinero que este les proporcionaba.

Pese a que se trataba de un caso penal grave por la afectación ocasionada a la víctima, no solo por el abuso sexual en sí⁹, sino por el largo proceso revictimizador (en el lapso de diez años), lamentablemente –y pese a las advertencias y solicitudes del Ministerio Público– se quebró el tercer juicio oral que, sin embargo, fue uno de los más completos llevados a cabo en Huaura, por la actuación de prueba personal y el uso de medios técnicos.

Efectuado el cuarto juicio oral, iniciado en diciembre de 2009 y luego de la captura del acusado producida en el Callao, se impuso al acusado la pena de 23 años de privación de libertad y se fijó la reparación civil en 5 mil nuevos soles. En este último juicio oral, también se utilizó el sistema de videoconferencia para recabar el testimonio de Edesvita Chamorro Sánchez por segunda vez.

Entre otras experiencias con el empleo de la videoconferencia, se puede mencionar la solicitada por la señora fiscal provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Barranca, mediante la cual se realizó la declaración del ciudadano peruano Miguel Ángel Takaesu Gonzales, como prueba anticipada, en la investigación preparatoria efectuada contra A.R.Y.Z. por los delitos

9 El Tribunal Constitucional ha establecido en la STC Exp. N° 05692-2008-PCH/TC, del 30 de junio de 2009, que los actos de abuso sexual constituyen una vulneración al derecho fundamental de la libertad y un atentado al derecho a la integridad física. Asimismo, señaló que en las investigaciones o procesos penales por este tipo de delitos se compromete el derecho de acceso a la justicia.



de falsedad material e ideológica. El testigo se encontraba en Saitama - Japón cuando rindió su testimonio. Actualmente, otras instituciones han empezado a modernizar sus procedimientos, incluyendo el uso de estos medios tecnológicos¹⁰.

VI. CONCLUSIONES

- El empleo de las nuevas tecnologías en el proceso judicial facilita la realización de los procesos penales y permite la racionalización de los recursos del sistema de justicia penal.

Así, por ejemplo, todos los días se tramitan miles de exhortos, pero como no es posible su oportuno diligenciamiento, cuando los documentos llegan, ya pasaron las fechas de las audiencias o de los actos de investigación; incluso, si llegan antes de la fecha de realización de la diligencia, sucede que el testigo o el perito no pueden concurrir. En estos casos, es muy útil que se utilicen los medios técnicos como el de la videoconferencia.

Los medios tecnológicos evitarían, asimismo, la prescindencia o desistimiento de un medio de prueba, motivados por la incomparecencia del órgano de prueba al juicio oral, que son muy frecuentes en los procesos regidos por el Código de Procedimientos Penales.

- No existe ningún obstáculo legal para que este procedimiento técnico sea utilizado tanto en los distritos judiciales en los que ya se implementó el nuevo sistema procesal penal como en los que aún continúa rigiendo el Código de Procedimientos Penales.

10 Actualmente, el Reglamento de Procedimientos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura (Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura N° 140-2010-CNM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 30 de junio de 2010) establece en el acápite III: "De los principios y las garantías. El Consejo Nacional de la Magistratura cuidadoso de nuestro ordenamiento jurídico, recoge en el Título 1 del Reglamento los principios que son aplicables tanto en la investigación preliminar como al procedimiento disciplinario, destacándose entre ellos el derecho de defensa, el debido proceso, la valoración debida de los medios de prueba, la debida motivación, entre otros. Asimismo, de manera especial, se destaca la regulación del informe oral, el cual solo podrá ser solicitado por escrito ante el Pleno del Consejo y no ante la Comisión de Procesos Disciplinarios. Del mismo modo, se establece cuáles son los únicos casos en que procede el pedido de uso de la palabra ante el Pleno, dejando a salvo la posibilidad de que la intervención del investigado o procesado sea escuchada a través de medios electrónicos, cuando este se encuentre recluido en un penal fuera de la capital de la República y en caso que el penal se encuentre ubicado en Lima, el Pleno del Consejo concurrirá al mismo en igual propósito".



- Los medios tecnológicos son sumamente útiles para el proceso penal y, en general, para todos los procesos, sean civiles, constitucionales y administrativos, porque reducen los tiempos y los costos que implica el traslado de los órganos de prueba a lugares distantes. De igual forma, garantiza que los testimonios se recaben en forma eficiente y en tiempo real.

El interrogatorio se realiza conforme a las reglas habituales: se formulan las preguntas y de inmediato el órgano de prueba responde, la única diferencia es que los interlocutores no se encuentran en un mismo lugar; sin embargo, se cumple a cabalidad con los principios de oralidad e intermediación que inspiran las audiencias.

- Sería de mucha utilidad el empleo de este medio tecnológico para recabar el testimonio de las personas que se encuentran recluidas en los establecimientos penales en lugar de trasladarlas a la sede de juzgamiento. También lo sería para proteger a las víctimas en caso hayan sido amenazadas o esté en riesgo su integridad física, así como para evitar, en parte, la revictimización.
- Sería conveniente que todas las sedes fiscales de los distritos judiciales cuenten con un sistema de videoconferencia y que este sea usado para recabar declaraciones de testigos y peritos. También puede ser usado para realizar actos de investigación, diligencias judiciales (preventivas e instructivas), audiencias y juicios orales. Ello permitiría simplificar los trámites, así como racionalizar los recursos humanos y materiales disponibles.
- Deben subrogarse los exhortos por el uso de videoconferencia a nivel nacional. Consideramos que no es necesaria la presencia de los fiscales o jueces de turno, simplemente se requiere que exista un funcionario en la sede fiscal o judicial que esté habilitado para indicar el lugar en el que se encuentran y verificar la identidad del testigo o perito. De preferencia, se deberá contar con un representante de la Policía Judicial o del Ministerio Público, además del funcionario del Ministerio Público o del Poder Judicial designado, quien se encargará de identificar al declarante y de presenciar el testimonio que este rinda.
- La videoconferencia, sin duda, es un medio tecnológico que serviría de mucho para impulsar la celeridad de los procesos penales y para el logro de sus fines, mediante la actuación oportuna de la prueba de cargo y de descargo.



CAPÍTULO III LA PERICIA

Artículo 172. Procedencia

1. *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.*
2. *Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal. Esta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado.*
3. *No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial.*

Artículo 173. Nombramiento

1. *El Juez competente, y, durante la Investigación Preparatoria, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto, lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes.*
2. *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 presentarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general, siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes/"*

() Numeral modificado por la Única Disposición Modificatoria Final del Decreto Legislativo N° 1152, publicado el 11-12-2012.*

Artículo 174. Procedimiento de designación y obligaciones del perito

1. *El perito designado conforme al numeral 1) del artículo 173 tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que esté incurso en alguna*

causal de impedimento. Prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento. Será advertido de que incurre en responsabilidad penal, si falta a la verdad.

2. *La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes. Los honorarios de los peritos, fuera de los supuestos de gratuidad, se fijarán con arreglo a la Tabla de Honorarios aprobada por Decreto Supremo y a propuesta de una Comisión presidida y nombrada por el Ministerio de Justicia.*

Artículo 175. Impedimento y subrogación del perito

1. *No podrá ser nombrado perito, el que se encuentra incurso en las mismas causales previstas en los numerales 1) y 2) 'a del artículo 165. Tampoco lo será quien haya sido nombrado perito de parte en el mismo proceso o en proceso conexo, quien está suspendido o inhabilitado en el ejercicio de su profesión, y quien haya sido testigo del hecho objeto de la causa.*
2. *El perito se excusará en los casos previstos en el numeral anterior. Las partes pueden tacharlo por esos motivos. En tales casos, acreditado el motivo del impedimento, será subrogado. La tacha no impide la presentación del informe pericial.*
3. *El perito será subrogado, previo apercibimiento, si demostrase negligencia en el desempeño de la función.*

Artículo 176. Acceso al proceso y reserva

1. *El perito tiene acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido. Indicarán la fecha en que iniciará las operaciones periciales y su continuación.*
2. *El perito deberá guardar reserva, bajo responsabilidad, de cuanto conozca con motivo de su actuación.*

Artículo 177. Perito de parte

1. *Producido el nombramiento del perito, los sujetos procesales, dentro del quinto día de notificados u otro plazo que acuerde el Juez, pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que considere necesarios.*
2. *El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica les aconseje.*

3. *Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples.*

Artículo 178. Contenido del informe pericial oficial

1. *El informe de los peritos oficiales contendrá:*
 - a) *El nombre, apellido, domicilio y Documento Nacional de Identidad del perito, así como el número de su registro profesional en caso de colegiación obligatoria.*
 - b) *La descripción de la situación o estado de hechos, sea persona o cosa, sobre los que se hizo el peritaje.*
 - c) *La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación al encargo.*
 - d) *La motivación o fundamentación del examen técnico.*
 - e) *La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen.*
 - f) *Las conclusiones.*
 - g) *La fecha, sello y firma.*
2. *El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso.*

Artículo 179. Contenido del informe pericial de parte

El perito de parte, que discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178, sin perjuicio de hacer el análisis crítico que le merezca la pericia oficial.

Artículo 180. Reglas adicionales

1. *El Informe pericial oficial será único. Si se trata de varios peritos oficiales y si discrepan, cada uno presentará su propio informe pericial. El plazo para la presentación del informe pericial será fijado por el Fiscal o el Juez, según el caso: Las observaciones al Informe pericial oficial podrán presentarse en el plazo de cinco días, luego de la comunicación a las partes.*
2. *Cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante, se pondrá en conocimiento del perito oficial, para que en el término de cinco días se pronuncie sobre su mérito.*
3. *Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.*

Artículo 181. Examen pericial

1. *El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya*

efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad

2. *En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial.*
3. *En el caso del artículo 180.2, es obligatorio abrir el debate entre el perito oficial y el de parte.*

COMENTARIO 1:

LA PRUEBA PENAL. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL PENAL

JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES*

MARCO NORMATIVO:

- Código Procesal Penal de 2004: artículos VII, VIII, 155 al 157, 173, 174, 178, 180, 281 y 429.
- Código de Procedimientos Penales: artículo 259.

I. GENERALIDADES SOBRE TEORÍA DE LA PRUEBA

1. Concepto

Etimológicamente, prueba deriva del término latino *probatio probationis*, que a su vez deriva del vocablo *probus* que significa bueno. Luego, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa¹. Así, la prueba se nos presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de conocimiento, por ello, los autores señalan que en sentido amplio, prueba, es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis. Así, probar es confirmar que lo afirmado corresponde a la realidad.

• Abogado con estudios de Maestría en Derecho Penal en la Universidad de San Martín de Porres. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, de la Universidad San Martín de Porres y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 SENTÍS MELENDO. Santiago. *Los grandes temas del Derecho Penal*. Ejea. Buenos Aires, 1978, p. 150.

Eugenio Forián² sostiene que prueba, en sentido jurídico, es todo aquello que en el proceso pueda conducir a la determinación de los elementos necesarios del juicio. En ese sentido, prueba es aquello que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente en el proceso. En criterio de Roxin³, probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho. Mittermaier⁴ llama prueba a la suma de motivos productores de la certeza.

Entonces, en general, prueba constituye una de las más altas garantías contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales. Por ello podemos concluir en que prueba es todo aquello que tiene el mérito suficiente y necesario para que en su calidad de medio elemento o actividad pueda formar en el juez la certeza de haber alcanzado la verdad concreta que se produjo durante el proceso⁵ y de este modo únicamente desvirtuar la presunción de inocencia.

2. Importancia de la prueba

La incorporación de la prueba al proceso penal es correlativa al principio de presunción de inocencia del inculpado, pues, como ya hemos señalado, la prueba es el modo más confiable para descubrir la verdad real y la mayor garantía contra la arbitrariedad de las decisiones judiciales.

Al contrario de la llamada prueba legal, propia del sistema inquisitivo, la prueba en un sistema acusatorio tiende a la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comprobable y demostrable, luego cobra relevancia sustancial, pues, es la única forma legalmente autorizada para destruir la presunción de inocencia, no se admite otro modo de acreditar la culpabilidad. La normativa supranacional dispone de modo expreso que la única forma de establecer legalmente la culpabilidad de un acusado es que se pruebe que es culpable.

2 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales Tomo II*. Temis. Bogotá, 1998, p. 71.

3 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 185,

4 MITIERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Octava edición. Reus. Madrid, 1929, p. 44.

S El tema de la prueba es extensa e inagotable, para mayor abundamiento, el término prueba es polisémico, así pues, existen distintas acepciones: prueba en sentido objetivo constituye todo medio o instrumento que sirve para llevar al Juez al conocimiento de los hechos, para lograr la certeza judicial y prueba en sentido subjetivo: Es el convencimiento o grado de convicción que se realiza en la mente del juez.

Al convertirse en un medio de comprobación y demostración de los hechos imprime objetividad a la decisión judicial. En las resoluciones judiciales solo podrán admitirse como ocurridos los hechos que hayan sido acreditados plenamente mediante pruebas objetivas, lo que impide que aquellas sean fundadas en elementos puramente subjetivos.

3. Finalidad de la prueba

La finalidad de prueba consiste en formar la "última convicción" del Tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación de su autor. Por ello, la prueba exige la intervención de un órgano jurisdiccional imparcial e institucionalmente dotado de independencia.

La imparcialidad y la independencia reposan en dos pilares fundamentales: La transparencia en el nombramiento de los magistrados por un órgano no político, Consejo Nacional de la Magistratura, y la inamovilidad en el cargo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha establecido las características que debe reunir la prueba de tal manera que sea capaz de producir convicción en el juzgador. Estas son⁶:

1. Veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; (...) asimismo, prima facie, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues este se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación.
2. Constitucionalidad de la actividad probatoria.
3. Utilidad de la prueba.
4. Pertinencia de la prueba.

La finalidad de la prueba atiende a la pregunta: ¿qué es lo que se busca con la prueba? Al respecto podemos referir que en doctrina existen tres teorías, las cuales son:

6 STC recaída en el Exp. N° 1014-2007-PHC-TC de 5 de abril de 2007, f.j. 12. Caso Federico Salas.

a) Averiguación de la verdad de un hecho

Se reconoce que el proceso tiende al conocimiento y obtención de la verdad histórica, aquella que ha sucedido en la realidad⁷, sin embargo, conocer la verdad de manera absoluta es dogmático, ya que la verdad absoluta se encuentra en el pasado ¿si la verdad es la finalidad del proceso, qué sucede en casos de duda? ¿Cuándo aplicamos terminación anticipada, principio de oportunidad?, como vemos esta no puede ser la finalidad de la prueba.

b) Fijación formal de los hechos

Esta teoría afirma que probar no es demostrar la verdad de los hechos discutidos, sino fijar formalmente los hechos mismos, mediante procedimientos determinados por el proceso penal⁸, pero debemos de plantear una objeción, pues la fijación de los hechos se produce en la mente del juzgador; es ahí donde se produce el convencimiento, es decir, la fijación es un efecto de la convicción del punto a donde queremos llegar.

e) Convicción judicial

Se asume que el fin de la prueba es la convicción judicial y solo cuando las afirmaciones vertidas logren convicción judicial, la prueba logró su fin, pues desde el punto de vista procesal, el concepto de prueba aparece unido a la finalidad de obtener certeza procurando el convencimiento judicial⁹, con relación a la verdad o a la falsedad de una afirmación o a la existencia o no de un hecho.

4. Objeto de prueba

Al hacer referencia al objeto de prueba, debemos formularnos la pregunta ¿Qué se prueba? y la respuesta a la que llegaremos es que se prueba todo aquello susceptible de ser probado y sobre lo que recae la prueba o requiere ser demostrado. Siendo ello así, objeto de prueba es todo aquello que constituye materia de la actividad probatoria. Es aque-

7 En el mismo sentido FERRER BELTRÁN, Jordi. "La valoración de la prueba: Verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión". En: AA.W. *Estudios sobre la prueba*. UNAM, México DF., 2006, p. 2.

8 CUELLO IRIARTE, Gustavo. *Derecho probatorio y pruebas pena/es*. LEGIS. Buenos Aires, 2008, p. 382

9 *Ibidem*, p. 383 y ss.

llo que requiere ser averiguado, conocido y demostrado; por lo tanto, debe tener la calidad de real, probable o posible¹⁰,

En ese sentido, el objeto de la prueba, no está constituido por hechos, sino por las afirmaciones que las partes realizan en torno a los hechos, un determinado acontecimiento puede o no haberse realizado, de manera independiente al proceso, eso no es lo que se discute, sino las afirmaciones que respecto del hecho se hagan.

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. Por otro lado, el artículo 156 de nuestro NCPP, establece cuáles no son objetos de prueba¹¹, estas excepciones impiden que un tema se convierta en objeto de prueba:

- a) Máximas de la experiencia: que consiste en el resultado obtenido como consecuencia del común modo de ser y obrar de las personas o cosas; ejemplo: por regla general se admite que la esclavitud ha sido abolida.
- b) Leyes naturales: son manifestaciones propias de la naturaleza, susceptibles de ser aplicadas al hombre y a la sociedad y que por estar reconocidas de manera general no necesitan probarse, por ejemplo: que el agua hierve a cien grados centígrados.
- c) Norma jurídica interna vigente: se basa en la presunción que la ley es de conocimiento general, por lo tanto, su desconocimiento o su ignorancia no exime a nadie de su cumplimiento.
- d) La cosa juzgada: ello en respeto al principio *ne bis in idem* en virtud del cual el mismo objeto de prueba no puede ser susceptible de prueba luego de haber recaído sobre él sentencia firme.
- e) Lo imposible: es lo no realizable por prohibición de la ley o de la lógica, debido a razones de orden público o por buenas costumbres; ejemplo: probar que las computadoras piensan por sí mismas.

10 MIXÁN MASS, Florencia. *Teoría de la Prueba*. Editorial BLG, Trujillo, 1992, p. 180.

11 Artículo 156 del NCPP: "1. 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. 2. No son objeto de prueba las máximas de la experiencia, las Leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio. 3. las partes podrán acordar que determinada circunstancia no necesita ser probada, en cuyo caso se valorará como un hecho notorio. El acuerdo se hará constar en el acta".

- f) Lo notorio: aquel que es de conocimiento de todos cuantos viven en determinado grupo social, en un lugar y tiempo determinados pues forma parte de su cultura y de su convivencia. Por ejemplo, la Navidad es un día festivo.

5. Elemento de prueba, fuente de prueba, órgano de prueba y medio de prueba

El fenómeno de la prueba presenta cuatro aspectos que no siempre se distinguen con precisión:

a) Elemento de prueba

Es, en palabras de Vélez Mariconde, todo aquel "dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación, es decir, que este dato sea relevante o de utilidad para obtener la verdad de los hechos"¹².

En tal sentido, una determinada versión de los hechos es un elemento de prueba, el cual necesitará un medio legal de prueba para ser incorporado dentro del proceso. Así, por ejemplo: una prenda de vestir, un arma. Se puede afirmar, que el elemento de prueba, es la prueba en sí misma.

b) Fuente de prueba

Estado aquello que da origen a un medio o elemento de prueba y existe con independencia y anterioridad a un proceso. Lo que interesa de la fuente de prueba es lo que podemos obtener de ella, lo que "fluye" de ella, en ese sentido fuente de prueba es lo que suministra indicaciones útiles para determinadas comprobaciones. Así, por ejemplo, el cuerpo del imputado.

e) Órgano de prueba

Es la persona física que porta una prueba o elemento de prueba y concurre al proceso, constituyéndose así en intermediario entre el juez y la prueba. El órgano de prueba, se constituye en un intermediario entre la prueba y el juez. Son las personas que transmiten de modo directo el dato objetivo (puede ser oral como el testimonio o por escrito, como los dictámenes periciales).

12 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, citado por CAFFERATANORES, José. *La prueba en el proceso penal*. 4ª edición, De Palma, Buenos Aires, p. 16.

El juez no es órgano de prueba, ya que él no aporta la prueba, sino por el contrario es el receptor de esta. Ejemplo: un testigo (órgano de prueba), da su manifestación (elemento de prueba), para que pueda ser válidamente introducida en el proceso, recurriendo a la prueba testimonial.

d) Medio de prueba

El medio de prueba constituye el canal o el conducto a través del cual se incorpora el elemento de prueba al proceso penal. Es, en palabras de Clariá Olmedo, el procedimiento establecido por ley para el ingreso del elemento de prueba en el proceso¹³. Son los "vehículos" de los que se sirven las partes para introducir en el proceso las fuentes de prueba. Ejemplo: prueba testifical, prueba documental, prueba pericial, etc.

Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley, excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible (ver artículo 157 del NCPP)¹⁴.

Todo medio de prueba, para ser admitido al proceso, debe cumplir ciertos requisitos, al respecto el Tribunal Constitucional¹⁵ ha esta-

13 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1966, p. 31.

14 Artículo 157 del NCPP:

- "1. los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la Ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.
2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.
3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos".

15 STC recaída en el Exp. N° 6712-2005-HC/C-IIMA del 17 de octubre de 2005, f. j. 26 (caso Magaly Medina). Señala al respecto que son: pertinencia: "(...) Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso.

blecido que son los siguientes: pertinencia, conducencia e idoneidad, utilidad y licitud y preclusión

6. Principios

a) Principio de oficialidad

El Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal pública, es el interesado en alcanzar la verdad material, este principio se constituye en un deber de él para esclarecer los hechos.

Esta actividad oficial está normada por la Constitución, los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Congreso y la ley expedida conforme a ellos. La Constitución Política en su artículo 2, inciso 24 literal f, el artículo II del TP del CPP de 2004.

b) Principio de libertad probatoria

Referido, a que todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el objeto del procedimiento y, por lo tanto, importante para la decisión final, puede ser probado, así el artículo 157 del NCPP señala que "los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley".

Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso (...); conducencia e idoneidad: "(...) El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho (...); utilidad: "(...) Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Solo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes; licitud: "(...) No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida (...); preclusión o eventualidad: "(...) En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria (...)".

Pues en el proceso penal todo se puede probar y por cualquier medio de prueba. Esto significa que no se exige la utilización de un medio determinado y si bien se debe recurrir al que ofrece mayores garantías de eficacia, el no hacerlo carece de sanción y no impide el descubrimiento de la verdad por otros medios.

e) Principio de pertinencia

Pertinencia de la prueba es la relación entre el hecho o circunstancia que se quiere acreditar con el elemento de prueba que se pretende utilizar para ello.

d) Principio de conducencia y utilidad

Se podrá hablar de conducencia y utilidad de la prueba cuando los medios de prueba se emplean para acreditar hechos que son relevantes o útiles para resolver el caso particular y concreto.

e) Principio de legitimidad

Un medio de prueba será legítimo si no está prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico procesal penal vigente o por el ordenamiento jurídico en general; cuando esté reconocido por la ciencia como capaz de conducir a la certeza; cuando no es contrario a la ética, ni a la dignidad e integridad de las personas.

f) Principio de comunidad

También llamado de adquisición procesal de la prueba, en cuanto una prueba se incorpora al proceso ya sea afirmando o negando un hecho o circunstancia. Puede ser alegado por cualquiera de las partes, independientemente de quien la ofreció.

7. La actividad probatoria en el NCPP

El artículo VIII del Título preliminar del NCPP, establece 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 derechos fundamentales de la persona, en ese sentido señala el artículo 2, apartado 2 párrafo h: de la CPEI((••) Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad".

De acuerdo con el artículo 155 del NCPP, la actividad probatoria en el proceso penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y por el NCPP, las pruebas se admiten a

solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales, el juez decidirá su admisión mediante auto especialmente motivado, y solo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas, la ley establecerá, por excepción, los casos en los cuales se admitan pruebas de oficio.

En ese sentido la actividad probatoria es el conjunto de actos procesales que despliegan los sujetos procesales destinados a la producción, recepción y valoración de los elementos de prueba, esta, en el procedimiento penal, tiene como finalidad específica indagar y verificar las afirmaciones constitutivas de la imputación sobre el *thema probandum* (sobre el objeto de prueba en el caso singular).

la finalidad de la actividad probatoria es la reconstrucción del hecho imputado, mediante ella se concreta legítimamente el principio de la ineludibilidad (necesidad) de la prueba, solo mediante la actividad probatoria se puede alcanzar la convicción (certeza) aplicando la función de verificación sobre la imputación.

a) Momentos de la actividad probatoria

Se distinguen cuatro momentos en el desarrollo de la actividad probatoria:

- i. Proposición o producción.- Dirigido a que un medio de prueba sea realizado en el proceso. El Ministerio Público y las partes formulan ante el juez una solicitud para que se disponga la aceptación y la recepción de un medio de prueba.
- ii. Admisión.- Dirigido a que el juez de la etapa intermedia en base a lo solicitado por las partes admita o no la prueba propuesta basado en los principios de utilidad, pertinencia, conducencia y legalidad.
- iii. Recepción.- Dirigido a que el elemento de prueba ingrese en el proceso. la recepción ocurre cuando se lleva a cabo el medio de prueba, de esta manera, el dato probatorio que resulte de la realización del medio de prueba es conocido y se incorpora al proceso.
- iv. Valoración.- Al referirnos a valoración de la prueba, debemos tener presente que nos encontramos ante el momento culminante del desarrollo procesal en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis, crítico, razonado, sobre el valor acreditante de los elementos probatorios producidos en el juicio oral.

La valoración de la prueba, como una condición del debido proceso, requiere que "ese acto *cognoscitivo* sea integral, metódico libre, razonado e imparcial; que refleje independencia de criterio al servicio de la solución justa del caso. Además, de la ciencia, de la experiencia, de la independencia de criterio, debe constituir un ingrediente especial el conocimiento adicional (la *vivencia*) adquirida por el juzgador (...) ¹⁶.

En tal sentido, es la operación intelectual o mental, que consiste en una interpretación por parte del magistrado, quien toma en consideración la viabilidad probatoria asignada (que cuente con los requisitos formales exigidos) y el análisis y aplicación en conjunto de los medios probatorios consignados. Para establecer el mérito o valor -eficacia conviccional- de los elementos de prueba.

La valoración constituye, pues un núcleo mismo de razonamiento probatorio, es decir, del razonamiento que conduce, a partir de esas informaciones, a una afirmación sobre hechos *controvertidos*. Dada la importancia de este momento en la actividad probatoria, ahondaremos un poco más en él.

Tradicionalmente, la doctrina ha distinguido solo dos tipos de sistemas en orden a la valoración de la prueba: El sistema de la prueba legal o tasada -denominado también de la tarifa legal- y el sistema de la íntima convicción o de la libre valoración de la prueba o de apreciación en conciencia. No obstante ello, según Caferatta Nores, son tres los sistemas de valoración, tales son: íntima convicción, prueba legal, libre *valoración* de la prueba.

8. Sistemas de valoración de la prueba

Con el transcurrir histórico de los sistemas procesales se han desarrollado diferentes sistemas de valoración de la prueba, entre los que destacan:

a) Sistema de íntima convicción

Se entiende por íntima convicción a la apreciación personal que realiza el juez de las pruebas aportadas ¹⁷, en este sistema, se en-

16 MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991, p. 135.

17 LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Hijos de Reus, Madrid, 1906, p. 439. La verdad jurídica pende por entero de la conciencia del Juez que no esta

tiende que no existe un examen de los hechos sometidos a prueba y no aparece una apreciación crítica de las circunstancias, toda labor probatoria queda librada al buen criterio que tengan los juzgadores al momento de apreciar el valor de la prueba con relación al proceso.

Este sistema es característico del juicio por jurados, adoptado por ejemplo, en el sistema norteamericano y el anglosajón.

Además, importa la ausencia total de un orden normativo sobre la forma de otorgarle valor a un determinado medio probatorio, y por otro lado, el órgano decisor no tiene el deber de dar los fundamentos y razones que lo motivaron para dictar la sentencia.

b) Sistema de prueba tasada

También llamado sistema legal, consistía en el establecimiento de ciertas reglas rígidas, que aseguraban el resultado del proceso y tenía por finalidad formar el conocimiento del juez sobre determinado hecho a través de estas normas rígidas¹⁸.

En este sistema, la ley procesal fija las condiciones que debe reunir la prueba para que sea idónea, "estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) o viceversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté)". Esto es, la ley señala "establece por anticipado al juez, el grado de eficacia que debe atribuirse a determinado medio probatorio, esto es, que cada medio probatorio tenía establecido de antemano, por ley, un determinado valor, en base al cual, en el caso concreto, el juzgador debía valorar.

Es así que la valuación la hace el legislador previamente, recogiendo y plasmando, de este modo, la experiencia colectiva acumulada durante largo tiempo sobre la eficacia que debe otorgársele a cada prueba.

Estas características llevan necesariamente a requerir un juez técnico o letrado, al contrario de lo que sucede con el sistema de la íntima convicción, debido a que en el sistema legal resulta impres-

obligado por ninguna regla legal: juzga de los hechos litigiosos únicamente a la medida de la impresión que las pruebas exhibidas por los contendientes hicieron sobre su ánimo.

18 Idem.

cindible el dominio del ordenamiento legal, el que constriñe al juzgador con la determinación casuística del peso probatorio de cada uno de los elementos¹⁹.

c) Sistema de la sana crítica o de libre convicción

El sistema de la sana crítica implica una apreciación razonada, la valoración del magistrado en este sistema, debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de la experiencia aplicables al caso; de este modo, una valoración contraria a estas reglas será considerado una valoración defectuosa y la resolución nula, hay que tener en cuenta que este sistema no es una libertad para el absurdo o la arbitrariedad.

19 No obstante ello, algunos autores han precisado que el sistema legal presenta ciertas ventajas las que son:

- a) Permite a las partes saber de antemano, cuál es el valor que se le debe dar a las pruebas que se aportan o que se practican en el proceso.
- b) Uniformidad en las decisiones judiciales.
- c) Evita que el juez, por cuestiones personales, pueda favorecer a alguna de las partes, ya que basándose en el valor preestablecido por el legislador, no habrá lugar a subjetividades.

Al respecto, podemos referir, que no es posible, aun en el sistema de la tarifa legal, saber cuál es el valor que se le va a dar a la prueba antes de su valoración, ya que puede suceder que los presupuestos que deben tenerse en cuenta para que sea plena no se den y por lo tanto, otro sea el valor que resulte de la probanza recaudada. Así la norma decía: "Dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio sea admisible". Sin embargo, tener los dos testigos no implica saber de antemano saber cuál es el valor de la prueba, pues puede acontecer que no concuerden en el hecho o en sus circunstancias. La uniformidad puede ser un criterio de orden y presentación, pero nunca el móvil de la administración de justicia, que debe darle la razón a quien la tiene. Asimismo se han determinado algunas desventajas en este sistema: Relega la función del juez sobre todo en las pruebas personales ya que al preestablecerse su valor, se desvirtúa, prácticamente, la función del proceso. La prueba testimonial por ejemplo, debe ser analizada en cada caso concreto, a fin de que el juez, al valorarla, pueda tener en cuenta la edad del testigo, sus gestos y credibilidad. El juez negligente encuentra acomodo fácil en este sistema; en cambio, en el de la libre convicción, tiene necesariamente que ser activo, sobre todo en la producción de la prueba. La tarifa legal, mecanizaba la función del juez, quitándole personalidad e impidiéndolo formarse un criterio personal, incluso lo obligaba a aceptar soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado, así conducía con frecuencia a que se declarare con verdad una simple apariencia formal dando muchas veces a que se tomaran decisiones irracionales o arbitrarias.

4

Las características fundamentales de este sistema son: la inexistencia absoluta de dogmas legales sobre la forma en que se deben probar los hechos y sobre el valor acreditante que debe otorgársele a cada prueba, de modo que el juez puede admitir cualquier medio de prueba que estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento.

Este sistema presupone la libre valoración de los elementos producidos, en tanto la ley no le preestablece valor alguno, y a su vez, la libertad de escoger los medios probatorios para verificar el hecho.

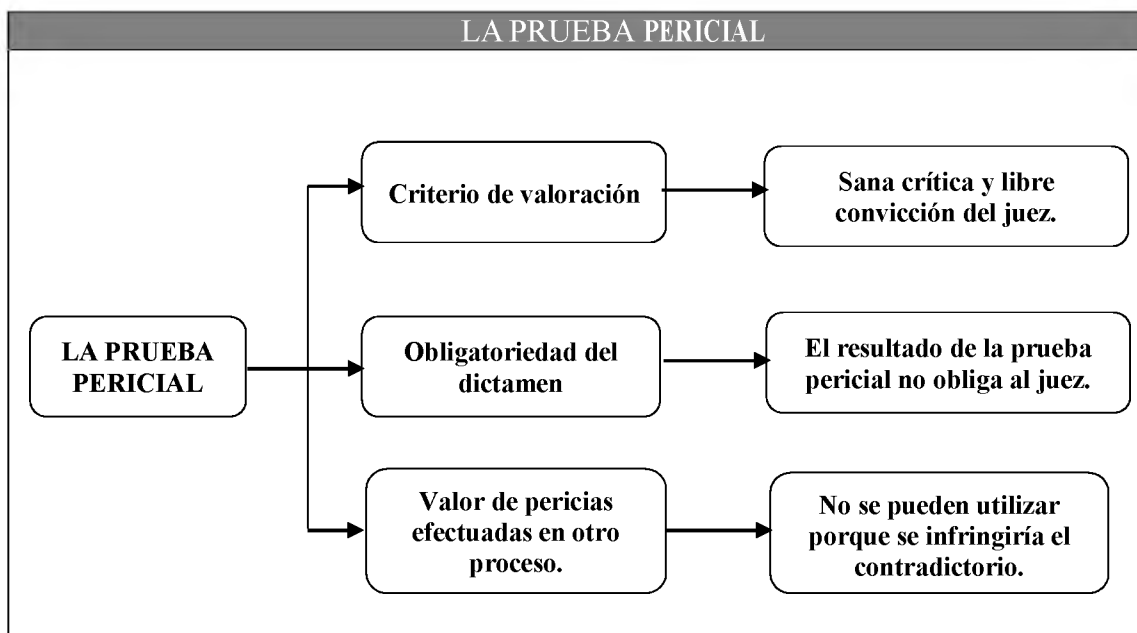
Este sistema se encuentra en constante relación con los principios de libertad probatoria y el principio de la debida fundamentación de la resolución judicial, implica que el magistrado debe imperativamente expresar cuáles son las razones que, surgidas solo de las pruebas, determinan la decisión adoptada, indicando cuál fue el camino deductivo seguido para llegar a esa conclusión y no solo el resultado de la operación mental.

9. **Ventajas**

- La crítica razonada de las pruebas la debe hacer el Juez, lo que significa que no se trata de consagrar la arbitrariedad, sino de obligarlo al empleo de las reglas de la experiencia, de la lógica y de la ciencia, para que en cada proceso administre justicia con más acierto, ya que valorará la prueba de acuerdo con lo dicho y para el caso concreto.
- El juez debe explicar, en la parte que motiva, los razonamientos que hace sobre la prueba para cumplir con los principios de contradicción y defensa.

No abrigamos duda alguna sobre el hecho de que el mejor sistema de valorar la prueba es el de la libre convicción, por las razones que ya se adujeron; pero además, el juez cuando administra justicia con este sistema, adquiere toda la dimensión que debe tener el juzgador cuando tiene un respaldo intelectual y moral que le permite sentar y dictar sentencia de acuerdo a lo probado.

La valoración de la prueba tiene por objeto obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para obtener la decisión del litigio, en otras palabras, la finalidad de las valoraciones es determinar la fuerza o valor probatorio que tienen los medios de prueba para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos objeto de prueba. La valoración siempre cumple su propósito, pues el juez siempre determinará qué tiene o no tenía mayor fuerza probatoria.



11. LA PRUEBA PERICIAL

1. La pericia

Es el medio probatorio por el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba²⁰. En ese sentido, la pericia no es el medio de obtención del objeto de prueba, sino la explicación del mismo a través de un juicio técnico o científico²¹.

Entonces, aun cuando el Juez tenga los conocimientos técnicos o científicos especializados, no se podrá prescindir de la actuación de este medio probatorio²²,

Por lo tanto, podemos afirmar que la pericia estará dirigida a descubrir o valorar un elemento de prueba, cuando para ello fuese conveniente

20 CAFFERATANORES, José. Ob. cit., p. 53; Y sobre la no necesidad de la prueba pericial cuando el hecho no requiere de conocimientos especiales vide JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 377

21 CLARIÁOLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 319.

22 Como sostiene CAFFERATANORES, José. Ob. cit., p. 53, "no se trata en consecuencia de un medio para auxiliar al juez (...) pues no se podrá evitar su realización aun cuando aquel tenga los conocimientos especializados necesarios".

tener conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica, y se concretará en una conclusión, fruto de un juicio realizado al amparo de dichos conocimientos.

2. Fundamento de la prueba pericial

El fundamento de la necesidad de la pericia nace de las limitaciones del propio juzgador, pues ni los jueces ni los jurados son omniscientes; es decir, "no lo saben todo" y en ese sentido, en algunos casos resulta menester en el proceso la intervención de una persona que sepa lo que el juez no sabe.

En este supuesto, precisamente, se hace necesaria la intervención del perito²³, sujeto al cual el magistrado debe ineludiblemente recurrir cuando ha verificado que para obtener o explicar un elemento de convicción son necesarios determinados conocimientos, científicos, técnicos o artísticos; esto es, conocimientos propios de una cultura profesional especializada²⁴.

3. Imposibilidad de que el criterio judicial sustituya al perito

Si bien es cierto que las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas según la sana crítica racional, también lo es el hecho de que el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar las conclusiones del mismo fundándose en sus propios conocimientos personales porque en ese sentido la pericia no tendría fundamento.

Pues si antes se convocó al perito porque no se conocía sobre el tema a peritar, no se puede -después- rechazar la fundada opinión de este, invocando que ahora sí saben del contenido de que se trata".

Según Taruffo²⁵ "no es suficiente confiar solo en la libre valoración del tribunal para garantizar que la buena ciencia se utilice válidamente y se interprete correctamente como base para decidir sobre los hechos objeto de litigio".

23 Según CLARIAOLMEDO, Jorge. Ob. cit., p. 320, el perito es el órgano de la peritación al que se le requiere un dictamen técnico o práctico relevante para obtener la verdad sobre lo que se investiga.

24 Artículo 172 del Nuevo Código Procesal Penal:

1. 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.

25 TARUFFO Michele. *La prueba*. Pons, Madrid, 2008, p. 100.

En consecuencia, debemos tener en claro que el juez deberá fundamentar coherentemente tanto la aceptación como el rechazo del dictamen, observando para ello las reglas que gobiernan el pensamiento humano; lo que generará, asimismo, la posibilidad de un control adecuado de sus decisiones. De ahí que se pide que el juez motive específicamente su resolución sobre el resultado de la prueba pericial, sobre todo, cuando su valoración difiere de la del perito.

III. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA PENAL

La valoración consiste en el análisis razonado de los elementos de convicción introducidos en el proceso. y precisamente uno de los problemas más importantes que plantean las pruebas periciales es la valoración que el juez debe hacer de los resultados del trabajo del perito.

La fuerza probatoria del dictamen pericial será valorada entonces, conforme a los principios de la sana crítica y la libre convicción. El Código nacional prevé pautas ejemplificativas que deberá tener especialmente en consideración la competencia de los peritos, la uniformidad y disconformidad de sus opiniones²⁶, los principios científicos, criterios técnicos, médicos y reglas de los que se sirvieron para hacer el examen²⁷, en que se fundan, su concor-

26 Artículo 180 del Nuevo Código Procesal Penal. Reglas Adicionales.-

1. El informe pericial oficial será único. Si se trata de varios peritos oficiales y si discrepan, cada uno presentará su propio informe pericial. El plazo para la presentación del informe pericial será fijado por el Fiscal o el Juez, según el caso. Las observaciones al informe pericial oficial podrán presentarse en el plazo de cinco días, luego de la comunicación a las partes.
2. Cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante, se pondrá en conocimiento del perito oficial, para que en el término de cinco días se pronuncie sobre su mérito.
3. Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.

En el mismo sentido, el Artículo 181 del Nuevo Código Procesal Penal. Examen Pericial-

2. En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial.

27 Artículo 178 del Nuevo Código Procesal Penal. Contenido del Informe Pericial oficial.-

- 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.

dancia con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción que el proceso ofrezca.

Las legislaciones modernas, obviamente, no tienen una norma especial que le indique al juez el modo o las pautas que deben guiarlo en la evaluación de la pericia, pues establecen genéricamente el sistema de la libre convicción o la sana crítica. No obstante, los puntos indicados en el párrafo anterior y que enunciativamente se exponen, sin que resulten limitativos, son los que primordialmente, a modo de guía, corresponde tener en cuenta para ponderar este medio de prueba.

1. Criterios de valoración

En el sistema peruano, en que impera la libre convicción, el juez debe valorar la prueba pericial al igual que el resto del material, conforme a los principios de la sana crítica. En consecuencia, será a la luz de la experiencia, la lógica y el recto entendimiento humano, que ameritará el dictamen del perito, debiendo agudizarse la tensión en este particular elemento pues será menester añadir a aquellas reglas orientadoras, especial detenimiento por tratarse de cuestiones técnicas o científicas que requieren una singular apreciación.

Al respecto, Florencio Mixán Mass²⁸ propone para el tratamiento de la valoración de la prueba pericial el siguiente esquema:

a) Verificación de su existencia

- Mandato expedido por el director de la investigación o por el juzgador requiriendo el apoyo pericial. (En virtud del artículo 173.1 del NCPP)
- Dictamen emitido por escrito y debidamente firmado. (En virtud del artículo 174.2 del NCPP)
- Que el problema asignado sea real y posible de estudiarlo. (En virtud del artículo 174.2 del NCPP)

b) Exigencias de validez de la prueba pericial

- Tenga existencia y no esté fulminada de nulidad.
- El dictamen sea producido, previo estudio del problema encomendado personalmente por los peritos designados.

28 MIXÁN MASS, Florencio. *La prueba en el procedimiento penal*, Tomo IV-B. Ediciones Jurídicas, p. 232.

— Que estén adecuadamente motivadas y las conclusiones sean precisas. (En virtud del artículo 178.1 d) y f) del NCPP)

— Es indispensable que los designados sean expertos en la materia o con experiencia calificada sobre el particular, cualidad que garantice la consistencia del dictamen. (En virtud del artículo 173.1 del NCPP).

— La tacha contra los peritos de haber sido interpuesta, haya sido declarada infundada, esto es, se haya descartado la parcialización.

— Que no medite una prohibición legal para emitir dictamen. (En virtud del artículo 175.1 del NCPP).

— Que los peritos hayan empleado métodos lícitos para efectuar el estudio y producir el dictamen.

— Que los peritos hayan prestado juramento o promesa de honor de desempeñar el encargo con fidelidad a la verdad. (En virtud del artículo 174.1 del NCPP).

— Que los dictámenes estén debidamente firmados. (En virtud del artículo 178.1 g) del NCPP).

— Haber cumplido los demás requisitos previstos en la ley.

c) Exigencias de la eficacia probatoria de la prueba pericial

— Que el dictamen pericial sea existente y válido.

— Que la explicación aportada mediante el dictamen sea pertinente y conducente para el esclarecimiento de la verdad.

— Que la conclusión pericial esté debidamente fundamentada (motivada)

— Que las conclusiones no sean ambiguas o contradictorias entre sí.

— Que su significación probatoria sea útil.

— Si son varios los dictámenes periciales sobre este. Pero en contradicción antagónica entre sí, previa y especial evaluación, se otorgará valor probatorio a aquel dictamen que sea eficiente en la argumentación y contenga fiel reflejo de la verdad concreta que se busca con el *thema probandum*. Pero, si ninguno posee dicha cualidad se prescindirá de ambos. (En virtud del artículo 180.1 del NCPP)

Por consiguiente, cabe recalcar como ya se señaló anteriormente, que el juez no puede aceptar ciegamente la opinión de los peritos; de este

modo se desnaturalizaría no solo su propia función de juzgador, sino también la de la pericial como medio de prueba²⁹.

Ahora, si bien el Tribunal o Juez competente no está obligado con el resultado de la pericia, para separarse de este deberá expresar explícita y razonadamente los fundamentos de tal apartamiento. Esto en virtud, naturalmente, del principio a la debida motivación de las resoluciones, y con especial referencia cuando se trata de pruebas periciales; es decir, que aplican conocimientos científicos, técnicos, artísticos, etc.

En este sentido, Eduardo Jauchen³⁰ señala entre las causas por las cuales el juez debe apartarse de las conclusiones de los peritos: el contradictorio con el resto de pruebas, que resulte a todas luces inverosímil y que resulte vacío de contenido.

Respecto, a la primera causal por la que el órgano jurisdiccional debe apartarse de las conclusiones del perito, esta se configura cuando las conclusiones del dictamen pericial resulten sumamente contradictorias con el resto del material probatorio. Esto, reiteramos, en virtud de que el Tribunal no está sometido al dictamen pericial sino que tiene realizar una valoración conjunta de todos lo producido en juicio y fundamentar de manera razonada el rechazo o apartamiento del dictamen.

Sobre la segunda causal, Jauchen explica que la misma se configura cuando las conclusiones del dictamen resulten a todas luces inverosímil, ya sea porque son contrarias a las leyes de la naturaleza o a los más elementales principios de la lógica que lo tornen inatendible por su notoria inverosimilitud.

Por último, cuando el dictamen pericial resulte vacío de contenido, esto es, por ser notoriamente deficiente en sus fundamentos, o por falta total de claridad, el Tribunal deberá apartarse de sus conclusiones.

Cabe señalar, en virtud del artículo 180.3 del NCPP³¹ que en todos estos casos, que hacen que al momento de dictar sentencia, el juez fundadamente, no respete las conclusiones de tales pericias, se le impone también el deber de haber ordenado previamente la ampliación del dicta-

29 JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, p.414.

30 *Ibidem*, p. 415.

31 Artículo 180.2 del Nuevo Código Procesal Penal:

3. Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.

men o la realización de otro examen en procura de cubrir la insuficiencia informativa que necesitaba y que aquellas pericias no le han resuelto.

2. **Obligatoriedad del dictamen pericial**

A pesar de que algunos autores hayan señalado que el dictamen poseía fuerza obligatoria para el juez, atendiendo a la noción histórica de que la pericia era considerada como un juicio de hecho emitido por una persona considerada como juez del punto; hoy en día es generalizada la opinión de que el perito no obliga al magistrado, quien es libre de aceptar o rechazar total o parcialmente el dictamen. No obstante, sea cual fuere su decisión, esta debe fundamentarse de acuerdo al razonamiento respectivo y las reglas que gobiernan el pensamiento humano, permitiendo de ese modo su control.

En la actualidad, la doctrina es unánime en cuanto a que el resultado de la prueba pericial no obliga al juez, quien podrá separarse del dictamen siempre que tenga la convicción contraria. El principio, es entonces, que los jueces no están obligados a seguir la opinión de los peritos, lo contrario implicaría que este podría sustituir al juez, erigiéndose virtualmente en quien en definitiva decidiría en no pocas ocasiones el resultado de la causa. Por el contrario, el magistrado tiene el poder y deber de practicar, sobre el informe de los expertos, una atenta labor crítica, observando y considerando detenidamente no solo las conclusiones definitivas a las que el perito hubiese llegado, sino también las operaciones y prácticas que para ello hubiese efectuado, los fundamentos y razones con las que sustenta aquellas, y la seriedad de todo el desarrollo de la prueba.

3. **Valor de las pericias efectuadas en otro proceso**

El supuesto se da cuando existen pruebas periciales cuya actuación se hubiere dado en otro proceso, pero que se vinculan, o sirven, a su vez, de prueba en el que se está llevando a cabo. La problemática es entonces, si existe la posibilidad de trasladar e incorporar aquella pericia a este segundo proceso y darle eficacia probatoria. En este caso, el cuestionamiento se da porque al haberse practicado los exámenes, diligencias, deliberaciones y toda la actuación en general, en un ámbito procesal extraño al segundo, las partes de este no han tenido la oportunidad de controlar la producción de la prueba, ni de cuestionarla o impugnarla una vez incorporada a aquel, con lo cual se viola ostensiblemente el principio del contradictorio.

En ese sentido, creemos que no se puede incorporar y por ende, *valorar* prueba pericial producida en otro proceso, pues no habría contradictorio entre las partes, ya que es menester que la prueba pericial se incorpore al proceso con conocimiento y audiencia de todas las partes, lo cual responde a una *derivación* directa del principio rector de la inviolabilidad de la defensa en juicio

Entonces, de lo señalado, se establece como regla general que no es posible, en principio, incorporar como prueba una pericia practicada en otro proceso, la sentencia que se funde en un elemento de esta naturaleza sería nula por menoscabo de las garantías constitucionales al contradictorio y por consecuencia, al derecho de defensa.

Sin embargo, hay supuestos en que esta regla podría *variar* siendo posible incorporar prueba pericial producida en otro proceso sin atentar contra los principios mencionados. Nos referimos a la hipótesis de que las partes en el primer proceso son las mismas que las partes en el segundo al cual se pretende trasladar la pericia; es decir, quién es la parte que ofrece la prueba y contra quién se pretende probar. Ya que, si el otro proceso se sustanció entre las mismas partes, la hipótesis no presenta dificultades y la pericia puede ser trasladada y *valorada* válidamente como prueba debido a que en el primer proceso ya ha sido controvertida por la parte contra quien se opone y también por quien la ofrece, o bien, cuando la incorporación la ordenase el juez de oficio, la solución no se altera, porque las partes tuvieron la oportunidad de controlarla.

En el referido supuesto de excepción, es necesario señalar que no interesa que la parte que ofrece la prueba no haya sido la misma en el primer proceso donde se produjo el peritaje; lo importante es que lo haya sido y haya tenido audiencia contra quien se opone en el segundo. Esto porque debe entenderse que la parte contra quien se opone el peritaje es la parte a quien se dirigirá el resultado desfavorable del elemento probatorio.

Queremos insistir, en la necesidad de que la parte afectada por el resultado de la pericia haya tenido previamente posibilidad de contradecir, ofrecer puntos para peritar, posibilidad de recusar al perito, ofrecer perito de parte y en general todas las posibilidades que le ofrece el Nuevo Código Procesal Penal. Así, no podría señalarse, por ejemplo, como solución a la problemática citada que se realice una ratificación de la pericia pues la misma sería un simple formalismo que no reúne los requisitos necesarios para proteger la garantía del derecho de defensa, ya

que las partes con esta mera formalidad no habrían podido controlar en su amplitud la producción de la prueba.

IV. JURISPRUDENCIA SOBRE PRUEBA PERICIAL

1. Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116. Valor probatorio de la pericia no ratificada

Desde el año 2004, en el Perú, se ha impuesto la práctica por parte de la Corte Suprema de realizar precedentes vinculantes, sea en forma de acuerdo plenario o de jurisprudencia vinculante, esta práctica no es propia de nuestro sistema, sino del anglosajón, por ello, tiene ciertos matices que lo hacen distinto, pues en nuestro sistema jurídico penal la principal fuente del derecho es la ley, en el sistema anglosajón la máxima fuente del derecho es la jurisprudencia de la Corte Suprema que tiene carácter de precedente vinculante.

En ese sentido se ha producido una serie importante de precedentes vinculantes en materia penal y procesal penal de la más diversa temática, una de ellas, la del acuerdo plenario N° 2-2007/CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, referido al valor probatorio de la pericia no ratificada. En sus fundamentos jurídicos, del fundamento 6 en adelante, se ocupa de este tema, primero, ubicando su marco legal de aplicación en el Código de Procedimientos Penales de 1940, pues este acuerdo plenario se da en el marco de aplicación de este código, pero sus fundamentos en lo pertinente son aplicables al NCPP.

Señalando los elementos de este medio de prueba de carácter complejo:

- a) El reconocimiento pericial (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado).
- b) El dictamen o informe pericial, que es la declaración técnica en estricto sentido.
- e) El examen pericial propiamente dicho. A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales de 1940 tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

Señalando en su fundamento 8 que es obligatorio el examen pericial (según lo señala el artículo 259 del Código de Procedimientos Penales de 1940), lo que constituye la regla en el proceso penal, pues a partir de este examen se cumple con los principios de contradicción y al ha-

cerse en acto oral también se cumple con los principios de inmediación y publicidad, en ese sentido, este examen busca la contradicción de las partes las cuales al momento de realizar esta buscarán darle al juzgador la información de mejor calidad posible y así decida en base a esta.

Pero señala el acuerdo plenario que si bien esta es la regla, es razonable que existan excepciones en los siguientes casos:

1. Cuando el dictamen o informe pericial no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales,
2. Cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona.

En el primer caso señala que el dictamen siempre debe leerse y debatirse en el acto oral, haciendo una interpretación sistemática del acuerdo plenario que habría que colegir, siguiendo el fundamento jurídico 7, que los únicos dictámenes o informes periciales que no requieren verificaciones de fiabilidad adicionales son aquellos realizados por las instituciones oficiales dedicadas a estos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República -cuando emite los denominados "Informes Especiales", pues señala el acuerdo plenario que estos gozan de una presunción *iuristantum* de imparcialidad, objetividad y solvencia.

Eso quiere decir que los informes o pericias que estas instituciones emitan son de por sí fiables, pues si son imparciales, objetivos y solventes (siempre bajo presunción *iuristantum*), no es necesario un examen para verificar lo contrario, pero debe de tenerse en cuenta que en la mayoría de procesos, las pericias son ordenadas por el juez (en el sistema del CdePP) a órganos oficiales (Instituto de Medicina Legal o algún colegio profesional) o son realizadas por la policía durante la investigación preliminar. Tienen, pues, un mayor control fiscal o judicial, por lo cual la mayoría de procesos gozan de pericias con alta fiabilidad, por lo cual lo que señala el acuerdo plenario es que la excepción se volvería la regla.

Una pregunta que aún no se ha respondido de manera clara es: ¿por qué estos órganos gozan de imparcialidad, objetividad y solvencia?, pues su único mérito es el ser órganos estatales que son designados por el juez que se supone es un tercero imparcial. Pero si nos vamos a la regulación del NCPP esto ya no es así, pues quien va a pedir la pericia es el Fiscal que si bien tiene un deber objetivo de legalidad, es también la parte contraria de la defensa, siendo el juez un tercero imparcial.

En el segundo caso, señala el acuerdo plenario, que este criterio responde a la primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo, pues señala que no es necesario el examen pericial cuando el "contenido de la pericia está integrado por aportes técnicos consolidados", con lo cual lamentablemente el acuerdo plenario deja un enorme vacío, pues no define, o acerca, alguna percepción de lo que es un "aporte técnico consolidado".

Solo señala, a modo de definición negativa, que estos contenidos no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona. Pero si la pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba³², entonces en su concepto mismo está explícito que no se basa exclusivamente en la percepción de una persona, pues toda pericia implica aportes técnicos consolidados o más aún aportes científicos consolidados.

Aunque asegura el acuerdo plenario que, guardando estas indicaciones, el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Estos aspectos son muy oscuros por lo cual solo cabe, en base a la interpretación constitucional, realizar la práctica de la prueba pericial, siguiendo como regla el respeto de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad, usando estos criterios de forma excepcionalísima.

Pues en esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia como medio de prueba válido, pues la prueba pericial para ser valorada debe de tener un aspecto subjetivo que es necesario valorar, a esto hace referencia Cafferata Nores³³ al señalar "desde el punto de vista subjetivo, la valoración ético-psicológica de la personalidad del perito (...) no es difícil intuir (...) si el perito se encuentra en relación con el imputado (...); si solo ha tenido el cuidado de ser objetivo o si, más o menos hábilmente, ha tratado de adaptar los hechos a conclusiones mendaces o artificiosas; si está dotado de suficiente astucia y poder crítico (...) (ya que es notoria la característica de ingenuidad de los científicos puros); si pertenece a sectas o escuelas (...) que profesan a las meras hipótesis un culto igual al que solo merece la verdad aplicada

32 CAFFERATA NORES, José. Ob. cit., p. 53.

33 Ibidem, p. 83.

a todos". Es obvio que en la medida esto es necesario para valorar la pericia, esta sin estos requisitos no puede ser tal.

Lo más importante de este acuerdo plenario es la consecuencia a la que nos lleva, pues la falta del examen, es decir, su no actuación, no es causal de nulidad de la sentencia, pues señala el acuerdo plenario que la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento ni de exclusión de la pericia como medio de prueba", por lo tanto, estamos ante una prueba válida, lo cual como hemos señalado debe de tenerse en cuenta siempre como excepción y no como regla.

Señala el acuerdo, en su fundamento 9, que lo dicho anteriormente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Señalando que para esto se debe de tener en cuenta (1) las características de la prueba pericial, y (2) que los principios han de acomodarse a la realidad social, es decir, se debe de tomar en cuenta si la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos, pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con menzura efectiva a su labor de auxilio a la justicia.

Además toma en cuenta que la actividad impugnativa de la defensa, puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial.

Para lo primero (falsedad), señala la Corte Suprema, es indispensable la concurrencia de los peritos, pues una alegación de este tipo hace necesario un contradictorio con la presencia indispensable de estos peritos.

Pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte, lo cual aleja a la persona que ha emitido el dictamen o pericia del juez, lo cual puede causar seria mella en la intermediación, pues se debe de acotar que si existe la prueba pericial como medio probatorio es por la facilidad de transmitir conocimientos que el juez no tiene. En caso de duda no bastará, en todos los casos con leer el informe, por ello, esta regla debe ser delimitada.

Además agrega una cláusula con respecto al cuestionamiento del dictamen pericial, señalando que si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente, es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen, pero esto siempre supondrá el

previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes, así se asegura el ejercicio del derecho de defensa.

En sentido contrario, señala que si las partes lo solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por:

1. las características del cuestionamiento formulado,
2. la necesidad objetiva del examen pericial solicitado, y
3. los recaudos de la causa.

Estas reglas son bastantes amplias y se puede interpretar extensivamente, así como restrictivamente, pero señala el acuerdo plenario que en estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

Entonces podemos concluir que, para el ordenamiento jurídico procesal penal peruano, es razonable excepcionar la obligatoriedad del examen pericial realizado en sede de instrucción cuando el dictamen o informe pericial -que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales o cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados. Sin embargo, si las partes lo solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos -por cualquier motivo- no concurren, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia.

2. Sentencia de Recurso de Caso N° 03-2007-Huaura

Este recurso de casación es interpuesto por el encausado contra la sentencia del 19 de marzo de 2007, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia lo condenó como autor del delito contra la libertad sexual-abuso sexual de menor de edad en grado de tentativa.

El recurrente introdujo tres motivos de casación, pero el tema que es materia de artículo es la prevista en el artículo 429.1 del NCPP: Inobservancia de la garantía genérica del debido proceso, respecto a la valorabilidad del informe pericial, pues el recurrente denuncia que la sentencia vulneró la suficiencia probatoria, pues, entre otras cosas, señala que la explicación del médico legista no es imparcial.

La sentencia se emitió con fecha 7 de noviembre de 2007, señalando con respecto a este tema que de la sentencia recurrida se advierte que la condena se sustentó en el mérito de la partida de nacimiento y de la pericia médico legal, debidamente explicada por el médico legista en el acto oral.

Sobre la supuesta falta de imparcialidad del perito, señala que se debe precisar que responder a las preguntas acerca del origen del hallazgo pericial no puedan calificarse de arbitrarias o fuera de contexto, y desde luego, no perjudica la validez y solvencia de la prueba pericial decidiendo que el motivo no puede prosperar y declararon infundado el recurso de casación por los motivos de inobservancia de la garantía constitucional de presunción de inocencia, de inobservancia de normas procesales sancionadas con nulidad y por falta de motivación de la sentencia de vista.

Esto es cierto en la medida que los parámetros con respecto a los que el perito está obligado a declarar en audiencia están regulados por el artículo 281.1 del NCPP que señala que el examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene.

CONCLUSIONES

Siguiendo a Cafferata Nores se puede concluir que la pericia es el medio probatorio por el cual se intenta obtener, para el proceso, un dictamen fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o la valoración de un elemento de prueba.

Las opiniones periciales no obligan al juez y pueden ser valoradas según la sana crítica racional, sin embargo, el juez no puede "descalificar" el dictamen pericial desde el punto de vista científico, técnico, artístico ni modificar sus conclusiones, fundándose en sus propios conocimientos personales.

Las causas por las cuales el juez debe apartarse de las conclusiones de los peritos son: el contradictorio con el resto de pruebas, que resulte a todas luces inverosímil y que resulte vacío de contenido.

En principio, no se puede incorporar y, por ende, valorar prueba pericial producida en otro proceso, pues no habría contradictorio entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- CAFFERATA NORES, José. *La Prueba en el Proceso Penal*. Ediciones De Palma, Buenos Aires.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Astrea, Buenos Aires, 1966.
- CUELLO IRIARTE, Gustavo. *Derecho Probatorio y Pruebas Penales*. LEGIS, Buenos Aires, 2008.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. "La Valoración de la Prueba: Verdad de los Enunciados Probatorios y Justificación de la Decisión". En: *AA.VII. Estudios sobre la prueba*. UNAM, México DF, 2006.
- FLORIÁN, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Tomo II. Ternis, Bogotá, 1998.
- JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores.
- LESSONA, Carlos. *Teoría General de la Prueba en Derecho Civil*. Hijos de Reus, Madrid, 1906.
- MITIERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. 8a edición. Reus, Madrid, 1929.
- MIXÁN MASS, Florencia. *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Tomo IV-B. Ediciones Jurídicas.
- MIXÁN MASS, Florencia. *La Prueba en el Procedimiento Penal*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1991.
- MIXÁN MASS, Florencia. *Teoría de la Prueba*. Editorial BLG, Trujillo, 1992.
- SENTÍ MELENDO, Santiago. *Los Grandes Temas del Derecho Penal*. Ejea. Buenos Aires, 1978.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- TARUFFO Michele. *La Prueba*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008.

COMENTARIO 2:

**LA PERICIA COMO MEDIO DE PRUEBA EN EL
CÓDIGO PROCESAL PENAL**

MANUEL FRISANCHO APARICIO*

I. CONCEPTO Y FINALIDAD

La pericia es el dictamen emitido, a solicitud de parte o de oficio, por una persona con conocimientos especializados, un experto en determinada materia (perito). De allí que, a diferencia del testigo, no declara sobre hechos concretos que le ha tocado percibir u oír, sino sobre los principios y reglas que rigen determinados fenómenos o actividades, cuya comprensión resulta, por lo general, inaccesible al no especialista¹.

La finalidad de la pericia es no solo suplir la deficiencia del juez sobre algunos conocimientos técnicos o científicos, sino, además, suplir la carencia que de estos tienen todos los sujetos procesales y la sociedad toda. De allí que el fin mediato de la pericia sea procurar el control de las pruebas por parte de todos los sujetos procesales, tanto al interior como fuera del proceso. En ese sentido, dice Cafferata Nores, que para las partes esto es una consecuencia del principio de bilateralidad y defensa en

* Abogado Especialista en Derecho Penal.

1 HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julián: *Derecho Procesal Penal chileno*, T. II., Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 295. A diferencia del testigo-perito, el perito puede ser sustituido por otro especialista en la materia que exige conocimientos científicos o técnicos especiales. Será testigo-perito, por ejemplo, un médico que declara que el día 7 de setiembre del 2008 a las 20 horas asistió a una persona tendida en la Av. Arequipa, cuadra 5, quien le habría dicho que habría sido atropellada por un automóvil marca Toyota con determinada placa de rodaje, haciendo una descripción del chofer, y que después dicha persona murió "por fractura del cráneo en su hemisferio izquierdo producido por un golpe necesariamente mortal". En este caso, el testigo-perito deberá declarar como testigo en tanto informe sobre todos aquellos hechos o circunstancias percibidos por los sentidos, pues se trata de observaciones propias, insustituibles, pero deberá hacerlo como perito, si correspondiere, en cuanto al carácter de la lesión, porque tal declaración supone conocimientos especiales. Además, cfr., ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 220 y ss.

juicio, y para la sociedad, del principio de sociabilidad del convencimiento judicial².

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA PERICIAL

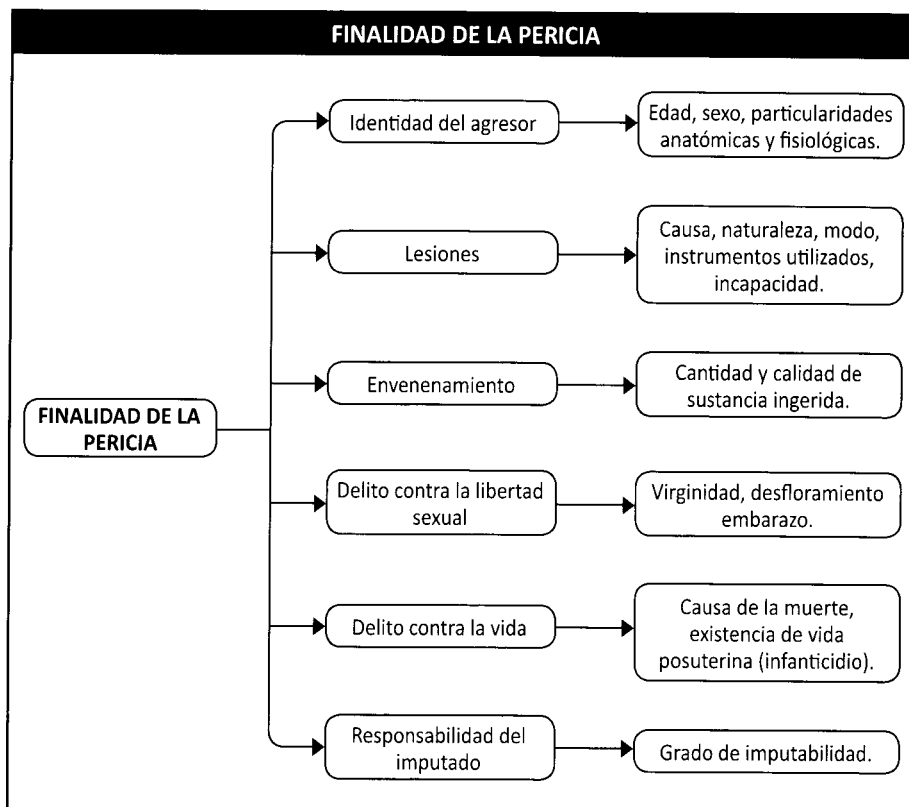
La pericia no puede ser entendida, exclusivamente, como medio de prueba, es decir, no se le puede considerar únicamente como el mecanismo procesal destinado a proporcionar al juez el conocimiento de un objeto de prueba. Tampoco se puede afirmar que la pericia sirva como intermediaria entre la prueba y el juez, esto es, que el perito actúa por delegación y como auxiliar del juez.

Estos dos puntos de vista en torno a la naturaleza jurídica de la prueba pericial han sido dejados de lado en la doctrina. Se trata de conceptos restringidos a aspectos específicos de la pericia y a las formas en que puede producirse dentro del proceso. Además, no toma en cuenta el hecho de que la pericia puede ser ofrecida por las partes procesales.

En la doctrina nacional, García Rada asume la concepción de Mittermaier quien sostiene que la pericia es prueba *sui generis*, por lo que al perito no se le puede catalogar ni como auxiliar del juez ni como medio probatorio. En la práctica, el perito actúa a veces a órdenes del juez y otras en forma independiente. Esto sin quitar que existen algunas pericias en donde no actúa a orden del juez ni como medio probatorio como en el caso del intérprete.

Tomando en cuenta la ubicación de la pericia y sus varias clases, García Rada concluye que es una prueba *sui generis* porque "a veces ilustra al juez y opina sobre lo que se le muestra: es el caso de la mancha de sangre, de grasa o de semen. En otras ocasiones, el perito sirve a la parte e ilustra al juez, como es el caso del perito de parte, cuyo dictamen puede fundamentar una decisión judicial. En unos casos constata las causas de la muerte; en otros dice algo más: la calidad personal del autor del hecho, como en el caso del aborto. Al servir de intérprete se limita a traducir en el idioma del país lo que dice el testigo o el inculpado, sin agregar nada ni emitir parecer"³.

-
- 2 CAFFERATA NORES, José I. *La Prueba en el Proceso Penal*, 2ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 380.
 - 3 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal*. Eddili, Lima, 1984, p. 208.



III. SOLICITUD Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

El medio de prueba pericial se admite a solicitud del Ministerio Público o de los demás sujetos procesales. Quien decide su admisión es el juez y la acepta mediante auto especialmente motivado.

El órgano jurisdiccional puede limitar la admisión del medio de prueba pericial cuando resulte manifiestamente sobreabundante o de imposible consecución (artículo 155 del Código Procesal Penal del 2004 - CPP del 2004).

Por ejemplo, cuando la parte civil pretenda que se someta a pericia grafotécnica la fotocopia de un documento supuestamente falsificado y elaborado en su perjuicio. Habrá sobreabundancia cuando el abogado defensor del imputado ofrece más de cinco peritos para que dictaminen sobre la idoneidad de un arma de fuego utilizada en un asalto o cuando existen otros medios probatorios suficientemente esclarecedores sobre el hecho.

Al respecto, Eduardo Jauchen sostiene que la prueba pericial no es procedente cuando:

- a) La prueba del hecho no dependa del conocimiento especial, sino que puede ser accesible a una persona de aptitudes medidas tomando como parámetro la cultura normal y general;
- b) No resulte necesaria por superabundante, en razón de que otras pruebas ya son suficientemente esclarecedoras sobre el hecho; y,
- c) Cuando la verificación de la circunstancia sea impracticable (por ejemplo, cuando se hubiese consumido la sustancia tóxica de peritación o haya desaparecido)⁴.

El auto que decide sobre la admisión del medio de prueba pericial puede ser objeto de reexamen por el juez de la causa, previo traslado al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.

IV. OBJETO DE LA PRUEBA PERICIAL

La pericia tiene por objeto los hechos referidos a la imputación. No son objeto del medio de prueba pericial las máximas de la experiencia, las leyes naturales, la norma jurídica interna vigente, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio (artículo 156 del CPP del 2004).

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.

Se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal (error de comprensión culturalmente condicionado). Esta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado. Desde nuestro punto de vista, consideramos que se deberá requerir el informe técnico de un antropólogo o sociólogo, el mismo que orientará al juzgador acerca del nivel de internalización de las normas por parte del imputado y de su medio cultural.

No regirán las reglas de la prueba pericial para quien declare sobre hechos o circunstancias que conoció espontáneamente aunque utilice para informar las aptitudes especiales que posee en una ciencia, arte o técnica. En este caso regirán las reglas de la prueba testimonial (artículo 172 del CPP del 2004).

4 JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la Prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 377.



V. NOMBRAMIENTO, DESIGNACIÓN, OBLIGACIONES E IMPEDIMENTOS DE LOS PERITOS OFICIALES

El juez competente, y, durante la investigación preparatoria, el fiscal o el juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada, nombrará un perito. Escogerá especialistas donde los hubiere y, entre estos, a quienes se hallen sirviendo al Estado, los que colaborarán con el sistema de justicia penal gratuitamente. En su defecto lo hará entre los designados o inscritos, según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se podrá elegir dos o más peritos cuando resulten imprescindibles por la considerable complejidad del asunto o cuando se requiera el concurso de distintos conocimientos en diferentes disciplinas. A estos efectos se tendrá en consideración la propuesta o sugerencia de las partes.

La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa, al Laboratorio de Criminalística de la Policía Nacional, al Instituto de Medicina Legal y al Sistema Nacional de Control, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica, los que prestarán su auxilio gratuitamente. También podrá encomendarse la labor pericial a universidades, institutos de investigación o personas jurídicas en general siempre que reúnan las cualidades necesarias para tal fin, con conocimiento de las partes (artículo 173 del CPP del 2004).

El perito designado por el juez competente, y, durante la investigación preparatoria, por el fiscal o el juez de la investigación preparatoria en los casos de prueba anticipada; tiene la obligación de ejercer el cargo, salvo que esté incurso en alguna causal de impedimento. Prestará juramento o promesa de honor de desempeñar el cargo con verdad y diligencia, oportunidad en que expresará si le asiste algún impedimento. Será advertido de que incurre en responsabilidad penal si falta a la verdad.

La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá la pericia, y fijará el plazo para la entrega del informe pericial, escuchando al perito y a las partes (artículo 174 del CPP del 2004).

En la designación de los peritos se debe tomar en cuenta las cualidades del experto a quien se le requiere el dictamen. Estas cualidades son: especialidad, conocimiento solvente del tema de prueba, título, experiencia, etc., en la materia correspondiente. Todas estas cualidades implican que sea únicamente el perito designado quien debe realizar (personalmente) los exámenes y dictámenes de la pericia, no pudiendo delegar dichas tareas en

otras personas aun cuando estas sean también especialistas en la misma materia⁵.

Una vez que el perito acepta el cargo queda ligado al proceso como tal. Se encontrará sujeto al órgano jurisdiccional mientras pueda ser requerida y exigible su intervención, aun con posterioridad a la presentación de su informe o dictamen, ya sea para una declaración oral en la etapa de juzgamiento, para ampliar o aclarar los conceptos de su informe, o para ser sometido a interrogatorio a pedido de alguna parte o de oficio.

Los impedimentos para ser nombrado perito oficial tienen por cometido asegurar la veracidad y objetividad del informe o dictamen pericial. Si no se establecieran estos filtros legales para asegurar la objetividad del perito, se pondría en duda la efectiva aplicación de las reglas técnicas y científicas de la rama de la especialidad en el informe o dictamen. Resulta obvio que si se nombra a un perito oficial que tiene vínculos familiares o profesionales con el imputado, la imparcialidad del informe sería cuestionable. Sobre todo, teniendo en cuenta que la imparcialidad involucra también la necesidad de que el perito agote todas las operaciones y conocimientos que su industria, arte o ciencia le brinde, para suministrarle al juez la ayuda más adecuada como auxiliar en relación con el punto o cuestiones para los cuales se le convocó⁶.

No podrá ser nombrado perito, el que se encuentre incurso en las mismas causales previstas en los numerales 1 y 2 literal "a" del artículo 165:

- 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.
- Los parientes por adopción.
- Los cónyuges o convivientes aun cuando haya cesado el vínculo conyugal o convivencial.

De esta manera, se establece que no pueden desempeñar la función de perito las personas a quienes la ley procesal reconoce la facultad de abstenerse de declarar como testigo. Nos hallamos, pues, ante una consecuencia lógica del principio de no autoincriminación, facultad que se extiende al perito cuando concurren en él o en relación con el imputado las circunstancias personales de parentesco o de secreto profesional que autorizan para no rendir declaración testimonial.

5 Ibidem, p. 378.

6 Ibidem, p. 388.



- Los que deben guardar secreto profesional o de Estado: los vinculados por el secreto profesional no podrán ser nombrados peritos para dictaminar sobre lo conocido por razón del ejercicio de su profesión. Entre ellos se encuentran los abogados, ministros de cultos religiosos, notarios, médicos y personal sanitario, periodistas u otros profesionales dispensados por ley expresa.

Tampoco puede ser nombrado perito oficial quien haya sido nombrado perito de parte en el mismo proceso o en proceso conexo, quien está suspendido o inhabilitado en el ejercicio de su profesión, y quien haya sido testigo del hecho objeto de la causa⁷.

El perito se excusará en todos los casos señalados líneas arriba. Las partes pueden tacharlo por esos motivos. En tales casos, acreditado el motivo del impedimento, será subrogado⁸. La tacha no impide la presentación del informe pericial. El perito será subrogado, previo apercibimiento, si demostrase negligencia en el desempeño de la función.

El perito tiene acceso al expediente y demás evidencias que estén a disposición judicial a fin de recabar las informaciones que estimen convenientes para el cumplimiento de su cometido. Indicarán la fecha en que iniciará las operaciones periciales y su continuación.

El perito debe guardar reserva, bajo responsabilidad, de cuanto conozca por motivo de su actuación (artículo 176 del CPP del 2004).

VI. EL PERITO DE PARTE

Una vez producido el nombramiento del perito oficial, los sujetos procesales, dentro del quinto día de notificados u otro plazo que acuerde el juez, pueden designar, cada uno por su cuenta, los peritos que considere necesarios.

7 Estas prohibiciones están referidas no genéricamente sino con relación al proceso particular de que se trate. Y alude a la singular situación en la que se presenta un inconciliable antagonismo entre la situación personal del potencial perito con respecto a su relación con el imputado, a la profesión que desempeña, o a su previa condición de testigo en la causa. No establecer estos obstáculos implicaría poner en posición de grave sospecha la imparcialidad del perito.

8 La Ley de Enjuiciamiento Criminal española establece como causas de recusación de los peritos: 1. El parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo. 2 El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante. 3 La amistad íntima o enemistad manifiesta (artículos 467 y 468). ALMAGRO NOSETE, José / TOMÉ PAULÉ, José. *Instituciones de Derecho Procesal. Penal 1*. Trivium, Madrid, 1993, p. 225.

El perito de parte está facultado a presenciar las operaciones periciales del perito oficial, hacer las observaciones y dejar las constancias que su técnica le aconseje. Las operaciones periciales deben esperar la designación del perito de parte, salvo que sean sumamente urgentes o en extremo simples.

Al ofrecer este medio probatorio, las partes deben indicar los puntos sobre los cuales debe recaer, no siendo suficiente que se solicite la realización de una determinada pericia sin especificar cuáles son las cuestiones sobre las que el experto habrá de opinar⁹.

Los peritos de parte tienen el deber de informar de manera imparcial. De lo contrario, se quitaría seriedad y credibilidad a este medio probatorio. Como enseña Eduardo Jauchen: "Ser perito de parte no implica una venia para utilizar los conocimientos técnicos o científicos con el propósito de doblegar o falsear la verdad objetiva de las cosas sometidas a examen en procura de proteger los intereses de la parte que lo propuso. Es preciso no perder de vista cuál es la finalidad misma de la prueba pericial. Si se recurre a los especialistas en cualquier rama de las ciencias o las artes, es para que estos suplan las deficiencias del juzgador con objetividad técnica, siendo indiferente si el profesional que lo hace es perito oficial, designado por el juez o propuesto por alguna de las partes"¹⁰.

VII. CONTENIDO DEL INFORME PERICIAL OFICIAL Y DEL INFORME DEL PERITO DE PARTE

En líneas generales, el informe pericial debe ser totalmente veraz e imparcial. Ya sostenía Ellero que "se presume que el perito sabe lo que declara y declara lo que sabe"¹¹, y allí descansa su confiabilidad.

El informe de los peritos oficiales debe contener:

- a) El nombre, apellido, domicilio y DNI 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 peritaje¹².

9 JAUCHEN. Ob. cit., p. 383.

10 Ibídem, p. 393.

11 ELLERO, P. *De la certidumbre de las pruebas en los juicios criminales*. Ed. Reus, Madrid, 1944, p. 165.

12 Es preciso consignar todos los datos que identifiquen a la cosa o persona, como ser tipo de material, sustancia, color, medidas, estado, composición y demás, en el supuesto de cosas o lugares; o bien, aspecto físico, dimensiones, particularidades anatómicas de



- c) La exposición detallada de lo que se ha comprobado en relación con el encargo.
- d) La motivación o fundamentación del examen técnico¹³.
- e) La indicación de los criterios científicos o técnicos, médicos y reglas de los que se valió para hacer el examen.
- f) Las conclusiones, que deben estar necesariamente fundamentadas¹⁴. Sin este requisito el dictamen o informe pericial carecería de eficacia dado que no sería posible saber las razones por las cuales el experto concluye de la manera en que lo hace. Como indica Cafferata Nores, la fundamentación debe basarse en los principios científicos o técnicos de la materia específica. No obstante, debe ser clara y accesible, de modo que tanto el juez como las partes puedan comprender las motivaciones, argumentos y razonamientos que llevaron al perito a una determinada opinión¹⁵.
- g) La fecha, sello y firma.

El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación con el hecho delictuoso materia del proceso (artículo 178 del CPP del 2004).

interés, etcétera, tratándose de personas. Esto es importante para que tanto el juez como las partes tengan la seguridad de que las operaciones y exámenes se efectuaron sobre el objeto encomendado, que hay identidad entre este y el que los peritos han desplegado su labor; con lo cual se evitan los errores o sustituciones y se posibilita de mejor manera una eventual reproducción de la pericia con posterioridad para el caso en que por haber variado, extinguido, perdido o consumido el objeto sobre el cual se efectuó el primer examen, los segundos peritos deban expeditarse tomando como base de estudio la descripción de la cosa o persona efectuada en el primer dictamen. JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., p. 412.

- 13 La fortaleza de la declaración pericial radicará, por tanto, en la coherencia lógica entre las conclusiones y sus premisas fundantes, así como en la capacidad explicativa de todos los aspectos vinculados al fenómeno, persona o cosa que ha sido objeto de examen pericial.
- 14 De manera similar, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española norma que el informe pericial debe comprender: 1. Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o modo en que se halle. 2. Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que la anterior. 3. Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte (artículo 478). ALMAGRO NOSETE, José/ TOMÉ PAULÉ, José. Ob. cit., p. 225.
- 15 CAFFERATA NORES, José Ignacio. *La prueba en el proceso penal*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 77.



Solo a través del cumplimiento de estos requisitos la parte interesada puede controlar el procedimiento desarrollado por el perito hasta llegar a sus conclusiones y verificar si efectivamente este se ha ceñido a los principios o reglas que rigen la ciencia o arte que desempeña. Eventualmente, aquella podría consultar otro u otros peritos para confirmar las hipótesis y conclusiones del primero, pues a diferencia del testigo, los peritos se pronuncian con base en reglas objetivas o principios generales reconocidos por aquellos que profesan la misma ciencia o arte. Por ello, dicen Horvitz Lennon y López Masle, mientras más asentados o reconocidos sean tales principios o reglas, menos discusión habrá acerca del procedimiento empleado y/o las conclusiones alcanzadas¹⁶.

El perito de parte, que discrepe con las conclusiones del informe pericial oficial puede presentar su propio informe, que se ajustará a las prescripciones del artículo 178 del CPP de 2004, sin perjuicio de hacer el análisis crítico que le merezca la pericia oficial.

VIII. REGLAS ADICIONALES

El informe pericial oficial será único. Si se trata de varios peritos oficiales y si discrepan, cada uno presentará su propio informe pericial. El plazo para la presentación del informe pericial será fijado por el fiscal o el juez, según el caso. Las observaciones al informe pericial oficial podrán presentarse en el plazo de cinco días, luego de la comunicación a las partes.

Cuando exista un informe pericial de parte con conclusión discrepante, se pondrá en conocimiento del perito oficial, para que en el término de cinco días se pronuncie sobre su mérito. Cuando el informe pericial oficial resultare insuficiente, se podrá ordenar su ampliación por el mismo perito o nombrar otro perito para que emita uno nuevo.

IX. EXAMEN PERICIAL

El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado en relación con el objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión que sostiene. Tratándose de dictámenes periciales emitidos por una entidad especializada, el interrogatorio podrá entenderse con el perito designado por la entidad.

16 *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 298.



En el caso de informes periciales oficiales discrepantes se promoverá, de oficio inclusive, en el curso del acto oral un debate pericial. En el caso del artículo 180.2 del CPP del 2004 (cuando las conclusiones del perito de parte discrepan con las del perito oficial), es obligatorio abrir el debate entre los peritos oficiales y el ofrecido por las partes procesales.

X. VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

En la valoración del medio de prueba pericial, 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 (artículo 158 del CPP del 2004).

En la doctrina del proceso penal se sostiene en forma mayoritaria que la eficacia probatoria de la pericia debe ser valorada por el juez teniendo en consideración la competencia del perito, la uniformidad o disconformidad de sus opiniones, los principios científicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las leyes de la sana lógica y las demás pruebas y elementos de convicción.

Una de las principales notas de la pericia es que constituye un parecer u opinión del perito que, no obstante tener base en conocimientos técnicos o científicos, no obliga al juez quien puede aceptarlo o rechazarlo. El juez solicita al perito una opinión técnica, pero no le delega la función del juzgamiento¹⁷.

Entre las causas por las cuales el juez puede apartarse de las conclusiones de los peritos, pueden destacarse las siguientes:

- a) Contradictoria con el resto de las pruebas: Solo será así cuando el resultado al que han llegado los peritos no comulgue o resulte gruesamente contradictorio con el resto del material probatorio. Como enseña García Rada: toda resolución del juzgado debe tener fundamento y si el proceso ha requerido la pericia técnica, ella sirve para sustentar el parecer judicial. Cuando esta opinión está en oposición a otras pruebas, el magistrado puede inclinarse por estas últimas y desechar la primera. La libertad que la ley otorga al juez no es arbitrariedad, sino que le permite apoyarse en las pruebas que considere convincentes. Esto lo obliga a apreciarlas y decidirse por la que le produzca certeza legal.

17 CORNEJO, Ángel Gustavo. *Derecho de Procedimientos Penales*. Lima, 1932, p. 110.



Con la finalidad de adquirir esta certeza, el juzgador debe buscar las pruebas de mayor categoría probatoria y apoyarse en ellas. Por lo general será el dictamen pericial, pero si este documento está en oposición a las demás pruebas y el juez considera que estas últimas tienen mayor calidad probatoria, se apoyará en ellas y desestimará el parecer técnico. El peritaje orienta la opinión judicial, pero no la decide. Siempre prevalece el parecer del juez¹⁸.

- b) Que resulte a todas luces inverosímil: Ya sea por contrariar a las leyes de la naturaleza o a los más elementales principios de la lógica que lo tornen inatendible por su propia inverosimilitud.
- c) Que esté viciado de alguna falencia que lo descalifique como tal, o que corresponda su nulidad por no haber reunido las formalidades y garantías que prevén las normas procesales, o existan irregularidades en la persona o nombramiento de los peritos.
- d) Que resulte vacío de contenido: por ser notoriamente deficiente en sus fundamentos, o falto total de claridad en estos¹⁹.

Si la pericia no adolece de ninguna de estas falencias en forma evidente, y el juez decide apartarse del resultado pericial, no podrá basar su desacuerdo solo con su íntimo parecer, sino que deberá apoyar su discrepancia con pautas y conceptos científicos o técnicos relativos a la misma materia sobre la que se pronunció el perito.

XI. LA PERICIA Y SU ACTUACIÓN COMO PRUEBA ANTICIPADA DURANTE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA Y EN LA ETAPA INTERMEDIA

Durante la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al juez de la investigación preparatoria la actuación de prueba anticipada de examen pericial en el siguiente caso:

Cuando se requiera realizar un examen con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que el perito ha sido expuesto a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declare o lo haga falsamente. El interrogatorio al perito puede incluir el debate pericial cuando este sea procedente.

18 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 221.

19 JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., pp. 415-416.



La solicitud de prueba anticipada de pericia se presentará al juez de la investigación preparatoria en el curso de esta o hasta antes de remitir la causa al juzgado penal, siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma.

La solicitud debe precisar la pericia a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También se debe indicar el nombre de los peritos y de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio.

La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

El trámite de la solicitud de prueba anticipada de pericia es el siguiente:

- a) El juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la pericia solicitada.
- b) El fiscal, motivadamente, podrá solicitar el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes, siempre que no perjudique la práctica de la pericia requerida, cuando su actuación puede perjudicar los actos de investigación inmediatos, indicando con precisión las causas del perjuicio. Asimismo, indicará el término del aplazamiento solicitado.
- c) El juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba de pericia anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.
- d) En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la pericia, el juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba, designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su decisión a la defensa.
- e) La resolución que dispone la realización de la pericia anticipada especificará su objeto, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.

La audiencia de actuación de pericia anticipada se desarrollará de la siguiente manera:

- a) Se realizará en acto público y con la necesaria participación del fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia, en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento.
- b) Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia.
- c) La pericia será practicada con las formalidades establecidas para el juicio oral.
- d) El acta y demás cosas o documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada de pericia serán remitidos al fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia.

La resolución que decreta la realización de prueba anticipada de pericia es apelable. Asimismo, la que no la acepta o dispone su aplazamiento o decida su desarrollo bajo el supuesto de urgencia. En todos estos casos, el recurso de apelación tiene efecto devolutivo.

XII. EL EXAMEN DE PERITOS EN LA ETAPA DE JUZGAMIENTO

El medio probatorio de pericia será actuado, normalmente, en el desarrollo del juicio. Es en esta etapa del proceso que se lleva a cabo, en rigor, la prueba pericial: consiste en la declaración personal del perito ante el juez sobre el contenido del informe técnico o científico previamente elaborado²⁰.

El juez, después de identificar adecuadamente al perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad.

Las reglas del interrogatorio y del contrainterrogatorio de los peritos son las siguientes:

- a) Antes de someterse al interrogatorio cruzado de las partes, el perito deberá exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe.
- b) La declaración del perito debe ser personal, por lo que no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten declaraciones anteriores o por los documentos que las contuvieron. Los peritos declaran para explicar su informe, no para leer o ratificar su contenido. De allí que no

20 HORVITZ LENNON / LÓPEZ MASLE. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo II, p. 296.



quepa ofrecer el informe pericial como prueba documental, pues esta última se produce mediante la lectura del respectivo documento. Como sostiene Chahuán²¹, si la prueba pericial consiste en la declaración del perito sobre su informe, la presentación del informe pericial como documento carece de sentido, porque solo podría tener por objeto: 1) que se le diera lectura, con lo cual no sería prueba pericial sino documental, o 2) que se lo incorporara para ser leído en el juicio, lo que no es admitido, o 3) que fuera leído directamente por el tribunal durante el proceso de deliberación, caso en el cual se infringirían los principios de inmediación y oralidad.

- c) Durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor científico o técnico de sus conclusiones. En suma, se trata de preguntas de acreditación o de comprobación de su competencia para declarar como experto en la ciencia o arte que profesa.
- d) A diferencia de los testigos, los peritos no han presenciado por sí mismos los hechos materia del juicio (salvo el caso del testigo-perito estudiado por Roxin). Los peritos declaran sobre conocimientos especiales en una ciencia o arte aplicados a ciertos hechos o circunstancias relevantes del proceso para señalar sus conclusiones acerca de ellos.
- e) Podrá darse lectura durante la declaración del perito a parte o partes de su informe como apoyo de memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

En este sentido, el artículo 378 del CPP del 2004 establece que el examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial. Si es necesario se ordenará la lectura del dictamen pericial. Luego se exhibirá y se le preguntará al perito si corresponde al que ha emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación se les pedirá que expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quién propuso la prueba y luego los restantes.

Si el perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradic-

21 CHAHUÁN, S. "Reflexiones sobre la prueba pericial en el nuevo proceso penal". En: *Revista Procesal Penal*, N° 11, LexisNexis, junio de 2003, pp. 13 y ss.



ción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.

Los peritos podrán consultar documentos, notas escritas y publicaciones durante su interrogatorio. En caso sea necesario se realizará un debate pericial, para lo cual se ordenará la lectura de los dictámenes periciales o informes científicos o técnicos que se estimen convenientes.

Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados en el juicio.

Los peritos expresarán la razón de sus afirmaciones y el origen de su conocimiento. A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Cuando el perito, oportunamente citado, no haya comparecido, el juez ordenará que sea conducido compulsivamente y ordenará a quien lo propuso colabore con la diligencia.

Si el perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba. El juez, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que el perito no dirá la verdad en su presencia.

De igual manera se procederá si, en el interrogatorio de un menor de dieciséis años, es de temer un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su integridad física o salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo, debe instruírsele sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.

Los peritos que no puedan concurrir a la sala de audiencias por un impedimento justificado, serán examinados en el lugar donde se hallen por el juez. Si el perito se encuentra en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta allí o empleará el sistema de videoconferencia. En el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes.

En casos excepcionales, el juez comisionará a otro para la práctica de la prueba, pudiendo intervenir los abogados de las partes. El acta deberá reproducir íntegramente la prueba y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través de video, filmación o audio (artículo 381 del CPP del 2004).



XIII. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL TESTIMONIO Y LA PERICIA

La diferencia sustancial entre el testimonio y la pericia es que el testigo es llamado a declarar para que narre su experiencia sobre hechos pasados, mientras que el perito emite dictamen sobre cuestiones que pueden ser pasadas, presentes o futuras. Sin embargo, es posible sostener que, fundamentalmente y salvo casos excepcionales, el perito emite juicios de valor mientras que el testigo narra sobre hechos que ha percibido por sus sentidos²².

El testigo refiere hechos que han caído bajo el dominio de sus sentidos, sin formular comentarios sobre ellos; relata lo que ocurrió, tal como lo vio. El perito analiza lo que no ha visto ni conocido personalmente para sacar conclusiones; no relata sino examina hechos pasados, cuyos efectos subsisten.

En el testimonio prevalece la memoria; en la pericia, la técnica. El testimonio es representativo; el peritaje es racional, lógico²³.

Tanto el perito como el testigo deponen sobre percepciones sensoriales: el testigo sobre lo que ha visto y el perito sobre lo que ha examinado.

Ambos tienen la obligación de aceptar el nombramiento o citación y concurrir a la investigación o juzgamiento para ser examinados por el fiscal de la investigación preparatoria o el juez penal unipersonal o colegiado.

El testigo y el perito tienen similares causales para ser inhabilitados y ser tachados.

XIV. CLASES DE PERICIAS

La doctrina cataloga las pericias de la siguiente forma:

a) Examen de personas

Tratándose del inculpado, la pericia establecerá el estado de su salud mental para determinar su responsabilidad.

Tratándose de agraviados, el examen de la víctima es indispensable para establecer la lesión y la inhabilitación derivada de ella, indicando el número de días de asistencia médica y de incapacidad para el trabajo. En los delitos contra la libertad sexual, determinando si ha habido penetración del miembro viril o de objetos en la vagina o en el ano de la víctima.

22 JAUCHEN, Eduardo M. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 376.

23 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 209.



- b) Examen de cadáveres
Mediante la autopsia, determinar la causa de la muerte.
- c) Examen de huellas y manchas
Estableciendo su naturaleza y origen.
- d) Examen biológico
Se realiza sobre sustancias y cosas: examen del revólver, vestidos, instrumentos contundentes, cuchillos, etc. Tiene por objeto establecer si han tenido alguna utilización en la comisión del delito. Tal es el caso de las huellas dactilares y ver si corresponden al inculpado.
La finalidad de las diversas clases de pericias se puede catalogar de la siguiente manera:
 1. Establecer la identidad del agresor, determinando edad, sexo, particularidades anatómicas y fisiológicas.
 2. En lo relativo a la muerte: fecha y causa del deceso.
 3. En lesiones: causa y naturaleza de estas, modo como han sido causadas, instrumentos utilizados, traumatismos e incapacidad.
 4. En envenenamiento: calidad y cantidad de la sustancia ingerida y si ha sido causante de la muerte.
 5. En delitos contra la libertad sexual: virginidad, desfloramiento, embarazo, etc.
 6. En delitos contra la vida: causa de la muerte, si ha sido por mano extraña; si hay aborto; en infanticidio, si ha habido vida posuterina.
 7. Sobre la responsabilidad del procesado: determinar su estado de salud mental o grado de inimputabilidad²⁴.



24 Cfr., GARCÍA RADA, Domingo. Ob. cit., p. 214.

CAPÍTULO IV EL CAREO

Artículo 182. Procedencia

1. *Cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos, se realizará el careo.*
2. *De igual manera procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros.*
3. *No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.*

Artículo 183. Reglas del careo

1. *El Juez hará referencia a las declaraciones de los sometidos a careo, les preguntará si las confirman o las modifican, invitándoles, si fuese necesario, a referirse recíprocamente a sus versiones.*
2. *Acto seguido, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales podrán interrogar, a los sometidos a careo exclusivamente sobre los puntos materia de contradicción y que determinaron la procedencia de la diligencia.*

CAPÍTULO V LA PRUEBA DOCUMENTAL

Artículo 184. Incorporación

1. *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, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial.*
2. *El Fiscal, durante la etapa de Investigación Preparatoria, podrá solicitar directamente al tenedor del documento su presentación, exhibición voluntaria y, en caso de negativa, solicitar al Juez la orden de incautación correspondiente.*
3. *Los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser llevados al proceso ni utilizados en modo alguno, salvo que constituyan el cuerpo del delito o provengan del imputado.*

Artículo 185. Clases de documentos

Son documentos los manuscritos, impresos, fotocopias, fax, disquetes, películas, fotografías, radiografías, representaciones gráficas, dibujos, grabaciones magnetofónicas y medios que contienen registro de sucesos, imágenes, voces; y, otros similares.

Artículo 186. Reconocimiento

1. *Cuando sea necesario se ordenará el reconocimiento del documento, por su autor o por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella, señal u otro medio, así como por aquél que efectuó el registro. Podrán ser llamados a reconocerlo personas distintas, en calidad de testigos, si están en condiciones de hacerlo.*
2. *También podrá acudir a la prueba pericial cuando corresponda establecer la autenticidad de un documento.*

Artículo 187. Traducción, Transcripción y Visualización de documentos

1. *Todo documento redactado en idioma distinto del castellano, será traducido por un traductor oficial.*
2. *Cuando el documento consista en una cinta magnetofónica, el Juez o el Fiscal en la Investigación Preparatoria dispondrá, de ser el caso, su transcripción en un acta, con intervención de las partes.*
3. *Cuando el documento consista en una cinta de vídeo, el Juez o el Fiscal en la Investigación Preparatoria ordenará su visualización y su transcripción en un acta, con intervención de las partes.*
4. *Cuando la transcripción de la cinta magnetofónica o cinta de vídeo, por su extensión demande un tiempo considerable, el acta podrá levantarse en el plazo de tres días de realizada la respectiva diligencia, previo traslado de la misma por el plazo de dos días para las observaciones que correspondan. Vencido el plazo sin haberse formulado observaciones, el acta será aprobada inmediatamente; de igual manera, el Juez o el Fiscal resolverán las observaciones formuladas al acta, disponiendo lo conveniente.*

Artículo 188. Requerimiento de informes

El Juez o el Fiscal durante la Investigación Preparatoria podrá requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a Ley. El incumplimiento de ese requerimiento, el retardo en su producción, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán corregidos con multa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, y de la diligencia de inspección o revisión y de incautación, si fuera el caso.



COMENTARIO:

PRUEBA DOCUMENTAL Y RECONOCIMIENTO

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA*

LA PRUEBA DOCUMENTAL

A diferencia del testimonio, la confesión o la pericia, que son pruebas personales, en la documental es una prueba material de contenido ideológico. Es documento cualquier cosa que sirva de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho. Puede contener una declaración o ser simplemente representativo (v.gr., una fotografía). Siempre es representativo, esto lo diferencia de las cosas que sin ser documentos, pueden servir de prueba indiciaria^{1 y 2}.

En este tema, el nuevo Código supera largamente al Código de 1940, que no solo no contiene un capítulo de prueba documental, sino que las normas al respecto están dispersas (en los artículos 184, 185, 187 y 194) y presentan nomenclaturas inadecuadas (se habla, por ejemplo, de legajos o escritos, papeles, correspondencia).

No obstante, seguimos bajo la influencia italiana, no reprochable *per se*. Al tratar sobre los documentos anónimos, hemos casi calcado el artículo 240 del C. de PP. it. en el 184.3 de nuestro Código. El Código establece que quien tenga en su poder un documento está obligado a presentarlo o permitir su conocimiento, salvo dispensa, prohibición legal o necesidad de previa orden judicial (184.1). Si se le niega al Fiscal la presentación del documento, el Juez ordenará su incautación (184.2).

Para verificar la autenticidad del documento o de su contenido, se ordenará, cuando sea necesario, su reconocimiento por quien sea su autor, quien resulte identificado con este medio de prueba, por algún testigo que pueda reconocerla o por quien efectuó el registro (186.1).

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del estudio Larriou & Larriou Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura

1 En la doctrina alemana, debido a límites de redacción de la ley, se considera documento solo al material escrito, en cualquier soporte. Así: ROXIN. Ob. cit., pág. 246; SCHLÜCHTER. Ob. cit., págs. 138 y 139; BELING, Ernst. *Derecho proceso penal*. Editorial Labor, 1943, § 63.

2 ECHANDÍA, Devis. Ob. cit., t. II, pág. 197.

Carece de valor el documento con declaraciones anónimas, salvo que constituya el cuerpo del delito o provenga del imputado (184.3). El documento en lengua distinta al castellano debe ser traducido por un traductor oficial (187.1). Las transcripciones de audios y vídeos se realizarán en un acta. Tratándose de vídeos, además, el Juez o el Fiscal de la investigación preparatoria ordenarán su visualización. La transcripción y visualización se efectuarán con intervención de las partes (187.2 y 3). Durante la investigación preparatoria, el Juez o el Fiscal puede requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. El incumplimiento de ese requerimiento (negativa, retardo, ocultamiento o falsedad) es sancionado (188).

EL RECONOCIMIENTO

Eugenio Florián conceptúa el reconocimiento, en general, como el acto por el cual se comprueba en el proceso la identidad de una persona o cosa, con lo que se adquiere un conocimiento sobre ellas³. Además, creemos, el reconocimiento permite certificar la veracidad en la declaración de quien dice haber visto a la persona o cosa.

En esta parte también seguimos a los italianos. Prueba de esto es la clasificación de los reconocimientos en: reconocimiento de personas, cosas y otros.

Son susceptibles de ser reconocidos: a) personas –el imputado o personas distintas a él (189.1 y 3)–. b) Voces, sonidos y cuanto pueda ser percibido por los sentidos (190.1). c) Cosas, las que serán exhibidas del mismo modo que los documentos (191.1).

Para acercarse de un modo más seguro a la verdad, el reconocimiento se realiza siguiendo unas formalidades. En este acto deberán estar presentes el Fiscal y el abogado defensor del imputado (salvo lo dispuesto en el num. 2 del artículo 189). Es un acto presencial, por eso, es inadmisibles que se haga privadamente, de lo cual se dé luego cuenta a la autoridad⁴. El nuevo Código establece el modo de practicar esta diligencia en los artículos 189 y ss.

Quien deba reconocer, previamente describirá a la persona aludida. Luego se colocará a esta junto con otras de aspecto exterior semejante. Se dirá si se encuentra o no entre ellas el sujeto a reconocer, de ser positiva su

3 FLORIÁN, Eugenio. *De las pruebas penales*. T. II, 3ª, TEMIS, Bogotá, 1990, p. 486.

4 FLORIÁN, *ibídem*.



respuesta, se indicará cuál de ellos es (189.2). Al reconocimiento importa que quien va a reconocer no sepa quién es la otra, caso contrario no se debe practicar esta diligencia de reconocimiento, sino una identificación.

Durante la investigación preparatoria deberá estar presente, en este acto, el abogado defensor del imputado. De no estarlo, el Juez de la investigación preparatoria podrá presenciarla; en este caso, se la considerará un acto de prueba anticipada (189.3).

Cuando varias personas deban reconocer a una sola (no necesariamente al imputado), cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Cuando sea una persona la que deba reconocer a varias, se efectuará en un solo acto, de ser posible (189.4). Si lo que se reconoce no son personas, sino voces, sonidos o cuanto pueda ser percibido por los sentidos y cosas, se procederá, en lo aplicable, análogamente al reconocimiento de personas. Antes de proceder al reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa (190.1 y 191.2).

CAPÍTULO VI
LOS OTROS MEDIOS DE PRUEBA

SUBCAPÍTULO I
EL RECONOCIMIENTO

Artículo 189. Reconocimientos de personas

1. *Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento. 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.*
2. *Cuando el imputado no pudiere ser traído, se podrá utilizar su fotografía u otros registros, observando las mismas reglas análogamente.*
3. *Durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, el Juez de la Investigación Preparatoria, en cuyo caso se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.*
4. *Cuando varias personas deban reconocer a una sola, cada reconocimiento se practicará por separado, sin que se comuniquen entre sí. Si una persona debe reconocer a varias, el reconocimiento de todas podrá efectuarse en un solo acto, siempre que no perjudique el fin de esclarecimiento o el derecho de defensa.*
5. *Si fuere necesario identificar a otras personas distintas del imputado, se procederá, en lo posible, según las reglas anteriores.*

Artículo 190. Otros reconocimientos

1. *Cuando se disponga reconocer voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial, se observarán, en lo aplicable, las disposiciones previstas en el artículo anterior.*
2. *Sin perjuicio de levantar el acta respectiva, se podrá disponer que se documente mediante prueba fotográfica o videográfica o mediante otros instrumentos o procedimientos.*

Artículo 191. Reconocimiento de cosas

1. *Las cosas que deben ser objeto del reconocimiento serán exhibidas en la misma forma que los documentos.*
2. *Antes de su reconocimiento, se invitará a la persona que deba reconocerlo a que lo describa. En lo demás, regirán análogamente las reglas previstas en el artículo 189.*



COMENTARIO 1:

EL SURGIMIENTO DEL STATUS DE IMPUTADO

A propósito de unos reconocimientos en rueda fotográfica

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO*

1. EL CONTEXTO DEL PROBLEMA

El presente estudio gira en torno a dos casos presentados en la ciudad del Cusco, específicamente en las Fiscalías y Órganos Jurisdiccionales que ejercen sus funciones en esta provincia; en ambos asuntos, el punto esencial es el reconocimiento en rueda fotográfica¹, pues es de dicha actuación procesal de la que emerge el problema que abordaremos aquí. Ahora, la coincidencia de aquellos casos no solo reside en la mencionada actuación procesal, sino también en otros tres aspectos: primero, en el delito materia de investigación, esto es, tráfico ilícito de drogas²; segundo, en el marco de actuación, es decir, la investigación preliminar; y tercero, en el hecho de que las personas detenidas en flagrancia, entiéndase con la droga, declaran en ambos casos que el objeto del delito se los dio otra persona, de quien precisan el nombre y los apellidos, porque afirman conocerlo desde hace varios años, y a quien luego reconocen en rueda fotográfica. Con estas precisiones hemos de hacer referencia a uno, pero, sabiendo que se trata de dos casos idénticos.

La declaración del investigado se realizó durante el plazo de la detención policial –15 días para el delito en mención–, que a su vez se enmarca en la investigación preliminar, y luego de transcurrido uno o dos días, la Fiscalía decide realizar el reconocimiento en rueda fotográfica del sujeto que sería el propietario de la droga según referencia del detenido en flagrancia, diligencia en la cual quien realiza el reconocimiento es precisamente este último –quien además proporcionó, conforme ya dijimos, el nombre y los apellidos del su-

* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco.

1 Es de precisar que ninguno de los casos ha concluido, por lo que nos abstenemos de mencionar los números del Expediente Fiscal y Judicial, y por supuesto, el nombre de los sujetos procesales.

2 Existe cierta tendencia a considerar que el ámbito propio de ciertas excepciones a las reglas, principios y garantías, es el de los delitos más graves; no hemos de abordar el acierto o no de tal consideración, pero, nótese que la posición que defenderemos se enmarca en la investigación de un delito de considerable gravedad como es el tráfico ilícito de drogas.

puesto propietario de la droga—. El resultado de la diligencia, en la que se utilizaron las fotografías de las fichas de Reniec de cinco personas fue que el reconociente —sujeto detenido— señaló una foto, la misma que pertenecía a un sujeto cuyo nombre y apellidos eran los que había señalado en su declaración.

Vencido el plazo de la detención policial, el Fiscal a cargo de la investigación preliminar decide formalizar la investigación preparatoria contra el sujeto reconociente y el sujeto reconocido, considerándolos coautores del delito de tráfico ilícito de drogas, llegando incluso a solicitar la imposición de comparecencia con restricciones para el último, en tanto que para el primero solicitó y obtuvo la medida de prisión preventiva.

Cuando se designa abogado defensor público para el sujeto reconocido —supuesto propietario de la droga—, aquel como primera acción de defensa técnica solicita se declare la nulidad de una actuación procesal, en este caso, del reconocimiento en rueda fotográfica, con el argumento fáctico de que en dicha diligencia no estuvo presente el abogado defensor del sujeto reconocido, y con el argumento jurídico consistente en que el numeral 3 del artículo 189 del Código Procesal Penal, exige la presencia de abogado defensor de quien será objeto de reconocimiento. Pues, bien, son precisamente los debates entre Fiscal y abogado defensor, tanto ante el Juez de Investigación Preparatoria cuanto ante la Sala Penal de Apelaciones, así como las resoluciones judiciales que les tocó emitir a aquellos órganos jurisdiccionales, los que han determinado el planteamiento del problema que seguidamente analizaremos.

2. EL PROBLEMA PUESTO A LA LUZ

Estando a que la defensa técnica del sujeto reconocido solicitó se declare la nulidad del reconocimiento en rueda fotográfica, invocando como fundamento jurídico el precepto contenido en el numeral 3 del artículo 189 del Código Procesal Penal, pues en aquella diligencia no estuvo el abogado defensor del sujeto reconocido pese a que el citado precepto señala textualmente que *“durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado”*; tanto los representantes del Ministerio Público como los Jueces de Investigación Preparatoria, y también en uno de los casos los Jueces Superiores de la Sala de Apelaciones, sostuvieron que, cuando se realizó la diligencia de reconocimiento en rueda fotográfica el único imputado era quien hacía el reconocimiento, esto es, la persona que había sido detenida en flagrancia. En esa tesitura uno de los Jueces de Investigación Preparatoria señaló que antes y durante el reconocimiento fotográfico no era posible establecer a la persona del otro investigado, esto es, al sujeto reconocido; incluso llegó a sostener que la condición de imputado recién la



adquiere una persona con la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aunque un tanto contradictoriamente señalaba ese mismo Juez que en el presente caso recién con el reconocimiento fotográfico se había podido establecer la calidad de investigado –entiéndase imputado– de quien supuestamente sería el propietario de la droga incautada.

Como podrá advertirse, el problema fundamental consiste en determinar cuándo o en qué momento, o en qué supuestos una persona adquiere la condición o status de imputado en el proceso penal, y por tanto, la legitimidad para ejercer el derecho de defensa; pero, además, en una concreción de aquel problema, y por tanto más específico, el otro problema consiste en determinar si en los casos reseñados líneas arriba el sujeto reconocido tenía o no la condición de imputado antes de realizarse la diligencia de reconocimiento. A ambas cuestiones, con mayor incidencia en lo primero por su alcance general, se destina este estudio.

3. UNAS PALABRAS QUE JUSTIFIQUEN EL ESTUDIO

Un estudio breve o extenso queda justificado, entre otras razones, cuando aborda un problema general, o por lo menos relativamente extendido en un contexto determinado; sentado ello, muchos considerarán una exageración que a partir de dos casos concretos se pretenda hacer consentir que existe un problema algo generalizado que justifique su estudio; y en esa línea, no pocos estimarán innecesario este trabajo por considerar que el problema no es tal, dado que nuestra doctrina y jurisprudencia más actual no ha debatido sobre cuándo surge el status de imputado. Pues, bien, sobre lo primero, cabe reconocer que no contamos con estadísticas que reflejen la magnitud del problema reseñado, pero, pese a ello, creemos poder sostener que se trata de uno relativamente extendido en nuestro medio, y no exclusivo de la justicia penal en el Cusco, por cuanto en el fondo de la cuestión, late un vestigio del sistema inquisitivo, el mismo que hace poco dominaba a plenitud en la administración de justicia penal, que junto a los apremios desmedidos por lograr eficacia en la persecución penal, está llevando a posiciones interpretativas contrarias a la eficacia de garantías procesales fundamentales, como es el negar el status de imputado de una persona y por consiguiente su derecho de defensa, en ciertas circunstancias. En cualquier caso, que tan extendido esté la posición de aquellos Fiscales y Jueces del Cusco, es una cuestión que cada uno podrá comprobar en el ejercicio de la profesión.

Ahora, respecto a que la doctrina y jurisprudencia nacional no han debatido sobre el asunto que planteamos, quizá sea cierto, pero, tal situación no determina que el problema deje de ser tal, pues son tantos los problemas



que la práctica plantea, y tan pocos los años de vigencia del Código Procesal Penal, que posiblemente todavía no se haya reparado sobre el particular.

Sin perjuicio de lo ya dicho, no cabe duda que la determinación del momento en que surge el status de imputado es una cuestión de cardinal importancia en el proceso penal³, tanto más en el nuevo proceso penal⁴, pues, precisamente de esa situación depende el nacimiento del derecho de defensa, con todo lo que él comporta, siendo que, además, el respeto de este derecho es uno de los parámetros más importantes de la configuración del debido proceso. Teniendo tal importancia la determinación del momento en que emerge el status de imputado, es común que muchos consideren que se trata de una cuestión abordada por la misma normativa procesal; pero, si ello no fuere así o si la normativa lo hiciera de manera poco clara, y en este estudio lo averiguaremos, creemos que la doctrina es la llamada a cumplir la tarea de informar a la práctica judicial las propuestas más acordes con las garantías que configuran el debido proceso; de ahí que preferimos iniciar el tratamiento del problema planteado desde la perspectiva doctrinal.

4. UNA REVISIÓN AL TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN

La doctrina que aborda un tema como el planteado, aunque no necesariamente de forma idéntica, al menos en dos cuestiones parece coincidir plenamente; en primer término se reconoce, expresa o tácitamente, que el sujeto imputado o la determinación de quien es imputado necesariamente depende de la imputación o del acto de imputar un hecho delictivo, y así Jauchem es claro al relacionar los términos imputado e imputar, cuando aborda el concepto del primero⁵. Pero, además, como segunda coincidencia,

3 Así lo ha reconocido VÁZQUEZ ROSSI, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 75, pues entiende que a partir de ese momento debe tener plena aplicación el sistema garantizador del proceso penal.

4 Para HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, en: "El estatuto del imputado en el proceso penal" en: *Hacia un Nuevo Proceso Penal*, Miguel Carmona Ruana (Director), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 143, "el nuevo modelo de proceso debe abordar como objetivo regulativo de primer orden todos los aspectos que atienden a la posición de imputado/inculcado y a los derechos que ostenta a lo largo de todas las etapas procesales y preprocesales, (...)", y según vemos uno de esos aspectos, el primero, es el surgimiento del status de imputado.

5 JAUCHEM, Eduardo. *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, pág. 13. También, entre otros, VEGAS TORRES, Jaime, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y otros, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 157.



la doctrina vincula la imputación del hecho delictivo con el surgimiento del derecho de defensa, como si la primera fuera la llave que abre la puerta para que este derecho pueda ingresar con todos sus acompañantes, esto es, con los demás derechos que lo integran; y es en ese sentido que Gimeno Sendra ha señalado que el derecho de defensa nace con la imputación, pues toda persona a quien se le impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa⁶.

Ahora, que exista coincidencia en puntos tan fundamentales como los señalados no determina necesariamente que la cuestión sea pacífica, pues, como se verá a continuación, quién es el imputado, qué es o cuándo hay imputación, son preguntas que han merecido respuestas no idénticas, aunque sí semejantes en determinados puntos; ciertamente la mayor o menor divergencia en el Derecho no debe sorprender a nadie por cuanto la interpretación del mismo siempre da lugar a ello, pero, es de reconocer que en determinados casos, como el asunto planteado aquí, la ausencia de uniformidad de criterios es peligrosa, pues ha llevado a que algunos Fiscales y Jueces consideren que determinadas personas –que ya son investigadas– no tienen el status de imputados, o que en ciertos supuestos no hay imputación, con lo cual les impiden ejercer su derecho de defensa. Pero, antes de analizar el específico problema plasmado en los casos, es menester analizar la cuestión en perspectiva general, y en ese sentido, corresponde dar cuenta de los conceptos que se manejan en la doctrina sobre imputado e imputación.

4.1. El imputado

Desde una perspectiva muy genérica y con una formulación breve, pero sin descuidar puntos esenciales como es el de la atribución del delito, el procesalista Serra Domínguez⁷, señalaba que el imputado es “*aquella persona a la que se atribuye en el marco de un proceso penal la realización de hechos que revisten los caracteres de delito*”. Ahora, sin contra-

6 GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex, Madrid, 2001, pág. 61. En idéntico sentido BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pág. 152. En cambio, vinculan la imputación con el surgimiento de todos los derechos del imputado, JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 15; FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y otros. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 134.

7 Citado por HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de la Prueba*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 206.



decir el anterior concepto, aunque con mayor amplitud y precisión, el profesor Vélez Mariconde⁸, decía:

“Con expresión genérica –especialmente destinada a establecer el instante en que surge el derecho de defensa– el imputado es el sujeto esencial de la relación procesal a quien afecta la pretensión jurídico-penal deducida en el proceso; pero asume esta condición –aun antes de que la acción haya sido iniciada– toda persona detenida por suponerse la partícipe de un hecho delictuoso o indicada como tal en cualquier acto inicial del procedimiento (lato sensu)”.

Por su parte el profesor Moreno Catena⁹, tiene dicho lo siguiente:

“El imputado es la parte pasiva necesaria del proceso penal, que se ve sometido al proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuírsele la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia”. (La cursiva es nuestra)

Aunque es de precisar que son diversos los conceptos que sobre el imputado se han dado en la doctrina, nos interesa finalmente dar cuenta de la concepción del profesor Montero Aroca¹⁰, quien afirma que:

“Debía llamarse así al sujeto pasivo desde que el procedimiento preliminar judicial se dirige, de una u otra forma, contra él como persona ya determinada; esto es, desde que existe un acto procesal que supone atribuir a una persona participación en el delito que se persigue”. (La cursiva es nuestra)

Ciertamente, toda selección encierra algo de arbitrariedad, y la que hicimos aquí respecto a los conceptos doctrinales no elude esa calificación, pues son muchos los conceptos que se han preterido intencionalmente; sin embargo, tal proceder, en este concreto caso, no resulta incorrecto, por cuanto con los conceptos acabados de transcribir se ha querido evidenciar una cuestión a la que ya antes hicimos referencia, esto es, que existe una relación directa, esencial e indisoluble entre imputado e imputación. Ahora, habiendo coincidencia en la doctrina sobre la vincu-

8 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, 3ra. Edición, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1986, pág. 335.

9 MORENO CATENA, V. en: GIMENO SENDRA y otros. Ob. cit., pág. 129.

10 MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho Jurisdiccional III*, Proceso Penal, Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 73. Y en idéntico sentido, en su 15ta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 78.

lación entre imputación e imputado, queda claro que no cabía continuar con la transcripción de más conceptos.

En efecto, en los conceptos de Serra Domínguez, Moreno Catena y Montero Aroca se alude a la atribución del hecho delictivo; y si bien Vélez Mariconde se refiere a la indicación como partícipe en el delito, no nos cabe duda que todos se dirigen a señalar lo mismo, esto es, que el imputado es la persona a quien se atribuye el delito por considerarse que ha participado en el mismo. Ahora bien, si además de lo dicho se repara en que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua establece que imputación “es la acción de imputar”, y que imputar consiste en “atribuir a otro una culpa, acción o delito”¹¹, resulta que la determinación de quien es imputado se traslada al hecho de la imputación misma, pues, ella se hace a una persona, que por tal razón deviene en imputado; esto quiere decir que, será imputado la persona contra quien existe una imputación.

Pero, llegar a esta verificación no significa que hayamos resuelto el problema, pues, el determinar cuándo o en qué casos hay una imputación del delito representa el punto en torno al cual aparentemente se habrían dividido las posiciones doctrinales; por otro lado, la determinación de cuando existe imputación es un hecho que, desde nuestra perspectiva, tiene directa repercusión en la configuración del proceso penal como uno más o menos garantista, y que según algunos, en el fondo, trasluce la división entre posiciones inquisitivas y acusatorias¹², dado que al haber imputación contra una persona, quien deviene en imputado, éste deberá poder ejercer el derecho de defensa, y todos los demás que la Constitución y demás normas ordinarias le reconozcan.

IMPUTACIÓN  IMPUTADO  DERECHO DE DEFENSA

4.2. La imputación: ¿en qué casos hay imputación?

No hemos de insistir en el significado de los términos imputar o imputación, en el entendido que resulta de mayor trascendencia determinar

11 MONTÓN REDONDO, A., en: MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., pág. 238. JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 13.

12 La posición inquisitiva buscaría retardar la existencia de la imputación, exigiendo que ella sea necesariamente formalizada, con lo cual podría investigarse literalmente a espaldas de la persona a quien se imputa el delito.

en qué casos la doctrina, y también la norma procesal, consideran que existe una imputación, y por tanto, un imputado. Ello desde luego no significa que la definición que da el Diccionario de la Real Académica de la Lengua tenga escasa importancia, sino, únicamente pretende evidenciar que el Derecho tiene cierta libertad para extender el significado de las palabras que utiliza, y así poder alcanzar adecuadamente tanto el objeto cuanto el fin de su regulación.

4.2.1. Cuando se expide una decisión formal de inicio del proceso

En esa perspectiva, en primer término, corresponde señalar que en la doctrina existe pleno acuerdo en reconocer que la resolución judicial o la disposición fiscal de inicio del proceso penal, dependiendo quien tiene a cargo la investigación del delito, es el acto de imputación del que surge el status de imputado; así, en el marco del Código de Procedimientos Penales, la imputación del delito se realiza por medio del auto judicial de apertura de instrucción, en tanto que en aplicación del Código Procesal Penal, la imputación se materializa en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria. Tal situación ha llevado a señalar al profesor español Montón Redondo, que en esos casos existe una imputación formal¹³, pues, es hecha por el titular de la etapa de investigación, y se concreta en lo que su normativa procesal denomina auto de procesamiento.

La posición acabada de reseñar, en rigor, no es incorrecta, por cuanto en la resolución o disposición de inicio formal del proceso penal de ordinario se imputa a alguien un hecho delictivo¹⁴; pero pretender absolutizarla o generalizarla, en el sentido de sostener que la imputación únicamente se produce con la resolución judicial o disposición fiscal de inicio formal del proceso penal, representa una posición contraria a la eficacia de las garantías procesales, que incluso ha llevado a la propia doctrina española a cuestionarla; así, el profesor Ramos Méndez tiene dicho que *“la dirección del proceso penal contra persona determinada es algo que,*

13. MONTÓN REDONDO, A. en: MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., pág. 240. En cambio, aluden a imputación judicial MORENO CATENA, V. en: GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Ob. cit., pág. 165; y PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y otros. Ob. cit., pág. 402.

14. Aunque es posible que se dé inicio al proceso penal, en su fase de investigación preliminar, sin que se haya determinado quien es la persona que habría cometido el delito, esto es, sin que la imputación se dirija contra persona determinada.



por fuerza, se produce mucho antes. La mera imputación realizada en una denuncia o querrela y, cómo no, la obligatoria citación del imputado en calidad de tal son éstos más que suficientes para saber contra quién se dirige el proceso penal, bajo riesgo de ser tachados de cegatos. No hace falta esperar al procesamiento para adquirir la condición de parte imputada”¹⁵.

Desde nuestra perspectiva, una de las críticas más solidas y certeras a la posición según la cual la determinación del imputado y su derecho de defensa dependen de la resolución judicial o la disposición fiscal de inicio formal del proceso penal –la disposición de formalización de la investigación preparatoria en el Código Procesal Penal–, es la del profesor Alberto Binder¹⁶, cuando textualmente dice lo siguiente:

“Es muy importante tener en cuenta que el derecho de defensa no puede tener limitaciones. Una de las limitaciones que se ha establecido en la práctica –que resulta de las más perjudiciales por el menoscabo que producen– es la limitación temporal al derecho de defensa.

Según algunas legislaciones –y alguna doctrina–, el derecho de defensa como tal se adquiere una vez que la imputación gana cierto grado de verosimilitud. Por ejemplo, cuando existe un procesamiento o cuando la imputación alcanza cierta entidad. Se llega a esta conclusión, totalmente errónea, mediante el siguiente razonamiento: “Solo a partir de una imputación formal, el imputado adquiere el carácter de sujeto procesal, y el derecho de defensa solamente puede ser ejercido por el sujeto procesal en cuanto tal”.

Como puede verse, la resolución judicial o disposición fiscal de inicio formal del proceso penal no es tenida como la única forma en que surge la imputación y, por tanto, el status de imputado; es más, puede afirmarse que no es la más importante y tampoco la primera, pues en general la imputación se produce mucho antes.

15 RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El Proceso Penal*. Sexta Lectura Constitucional, Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 94. Por otro lado, PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R. en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y otros. Ob. cit., pág. 403, evidencia que en la práctica el auto de procesamiento era uno de los últimos actos de la fase de instrucción, con lo cual la persona afectada –investigada– desconocía todo lo que se había realizado, y no podía hacer presente sus necesidades o peticiones de actos de investigación, de cara a una posible exculpación.

16 BINDER, Alberto. Ob. cit., pág. 152.

4.2.2. Cuando se produce la detención de una persona

La situación descrita en la última parte del punto anterior ha llevado a la doctrina a reconocer, como no podía ser otra forma, que la imputación de un delito a una persona también puede producirse antes de la expedición de una resolución o disposición de inicio formal del proceso penal; y precisamente en esa tesitura se ha afirmado de manera unánime que la detención de una persona comporta, o si se prefiere, presupone, una imputación, de manera tal que el sujeto detenido por el hecho, de estarlo, tiene también el status de imputado, y con ello la legítima posibilidad de ejercer su derecho de defensa¹⁷. Desarrollando esta idea, Gimeno Sendra y Moreno Catena¹⁸ han señalado que la imputación se manifiesta desde la detención o adopción de cualquier otra medida cautelar, pues ellas tienen como *fumus boni iuris* precisamente la existencia de una imputación.

Ahora bien, aludir a la detención como un supuesto en el que hay imputación, exige precisar si se trata de la detención ordenada por un Juez, o acaso puede ser la realizada por la policía sin mandato judicial; sobre esta cuestión, estimamos que no hay inconveniente en sostener que en ambos casos se da una imputación, con la única diferencia de que en la detención judicial es el Juez quien valora los elementos fácticos que permiten vincular a una persona con el delito, en tanto que en el otro supuesto, lo hace la policía, ciertamente en circunstancias especiales como lo es la flagrancia. Resultaría un absurdo que la detención policial se haga contra la persona que, según la apreciación del policía, no haya cometido el delito, y por tanto, no pueda imputársele el mismo. Con un criterio mucho más amplio, que compartimos por cierto, Jauchem¹⁹,

-
- 17 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. Ob. cit., pág. 236. MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., pág. 73. VEGAS TORRES, Jaime, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, pág. 157. VERGER GRAU, Joan. *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pág. 50. HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. Ob. cit., pág. 209. BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. *El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso*. Ara Editores, Lima, 2009, pág. 137.
- 18 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Ob. cit., pág. 61. Es de precisar que no siempre la medida cautelar se dirige contra el imputado, pues puede estar dirigida contra el tercero civil; sin embargo, la determinación de este último requiere se sepa a quien se imputada el delito, con lo cual queda incólume la apreciación de los citados profesores españoles.
- 19 JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 15. En el mismo sentido, VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., pág. 77.

señala que aquí no cabe entender solo la detención en sentido técnico, sino, incluso la aprehensión por particulares en caso de flagrancia.

4.2.3. Cuando hay una denuncia o querella

Tanto la denuncia como la querella, está última en nuestro medio por algún delito de ejercicio privado de la acción penal, llevan en sí mismas una imputación, esto es, la atribución de un delito a otra persona; sin embargo, como quiera que una y otra son interpuestas generalmente por particulares –aunque la primera, en ciertos sistemas procesales, es interpuesta o formalizada por funcionarios del sistema de persecución penal–, surge la duda de si en verdad se trata de actos que contienen una imputación, y que a su vez determinan el status de imputado. Esta duda se hace fuerte por cuanto parte de la doctrina sostiene que la calidad de imputado surge con la efectiva admisión de una denuncia o querella, y no con la simple interposición de una u otra²⁰, llegando a sostener el profesor Moreno Catena²¹, que no basta para someter al procedimiento penal a una persona la indicación de un denunciante o querellante, sino que se exige una valoración, con toda la provisionalidad que el momento procesal reclama, por parte de la autoridad judicial –o fiscal en otros sistemas–; esta valoración a que se refiere el profesor español se traduce en una admisión o inadmisión.

Que la denuncia y la querella sean objetos de valoración por parte del Juez o Fiscal –o quien tenga a cargo la fase de investigación–, pues estos no son autómatas que al recibir la denuncia la remiten inmediatamente a quien aparece como denunciado, no es algo que debe llamar la atención o preocupar, y por el contrario, cabe resaltarlo como favorable a quien se imputa el delito, dado que solo las imputaciones verosímiles se le comunicarán; sin embargo, de ahí a considerar que la denuncia o la querella no contienen una imputación sino cuando son admitidas, es confundir la imputación del delito en sí misma con la obligación del Fiscal o del Juez de valorarlas antes de comunicar esa imputación.

Por otro lado, que luego de recibida la denuncia, Fiscal o Juez pueden realizar actos de investigación preliminar a espaldas de quien aparece como imputado, con la justificación de que es necesario para realizar

20 HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. Ob. cit., pág. 210. MONTÓN REDONDO, Alberto, en: MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., pág. 238. VEGAS TORRES, Jaime, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. Ob. cit., pág. 157.

21 MORENO CATENA, Víctor en: GIMENO SENDRA, Vicente y otros. Ob. cit., pág. 164.

la valoración, nos parece un grave error, y lamentablemente una derivación de la posición cuestionada en el párrafo anterior. En efecto, si bien no puede impedirse que la autoridad judicial o fiscal lea y valore la denuncia o querella, sin embargo, tampoco puede permitirse que ellos realicen actos de investigación sin que el imputado haya sido noticiado de los hechos en los que se lo involucra, pues de ser así fácilmente podría burlarse todas las garantías del imputado aduciendo que todavía se está valorando la denuncia y realizar diversos actos de investigación; ahora bien, precisamente para evitar una indebida extensión de lo que debe entenderse por valoración, o mejor por admisión de la denuncia o querella, Asencio Mellado²² ha señalado lo siguiente:

“las previsiones legales acerca de la admisión de una denuncia o de una querella exigen que la misma sea ad limine, sin que éste autorizada la realización de actos de investigación que permitan analizar la oportunidad de aquella admisión, de modo que las denominadas “diligencias indeterminadas”, durante las cuales el sospechoso carece de la condición de imputado y por tanto de su derecho de defensa y de la posibilidad de intervenir en las investigaciones, no es sino una práctica fraudulenta que carece absolutamente de base legal”.
(La cursiva es nuestra).

Con lo dicho cabe entonces reafirmar que la denuncia y la querella comportan una imputación, y que, por tanto, no necesariamente la imputación debe tener su origen en actuaciones oficiales del Juez o del Fiscal; sin embargo, como quiera que el imputado será investigado o juzgado por las autoridades fiscales o judiciales, son éstos quienes deben hacerle conocer de tal imputación, obviamente siempre que la denuncia o querella sea sobre un hecho delictivo, tenga por lo menos un mínimo de verosimilitud, y cumpla de ser el caso determinados requisitos previstos en la ley, comunicación o intimación que se realizará de ordinario con la resolución o disposición de inicio formal del proceso penal. En el supuesto que corresponda realizar alguna diligencia antes de comunicar al imputado el delito que se le atribuye, tal posibilidad debe ser en extremo excepcional e interpretada de forma muy restrictiva, por cuanto la regla general debe ser que también para realizar diligencias preliminares debe informarse al imputado del delito atribuido a su persona. En todo caso, para que la denuncia o la querella tengan la eficacia en orden a la determinación del imputado y el surgimiento de su derecho de de-

22 Citado por HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. Ob. cit., pág. 211.



fensa, sin perjuicio de la verosimilitud que se le exige, dos cuestiones no pueden faltar: primero, que la denuncia se haya interpuesto ante una autoridad judicial, fiscal e incluso policial, y segundo, que la persona denunciada sea nombrada, sindicada como partícipe de un delito²³.

Llegados a este punto, es menester referirse a las regulaciones jurídicas en que la Fiscalía emite formalizaciones de denuncia dirigidas al director de la instrucción, investigación o sumario; pues, bien, estimamos que tales casos son en rigor denuncias y corresponde darles el tratamiento aquí propuesto, pero, sin dejar de reconocer que una vez en conocimiento del director de la investigación, este emitirá una decisión formal de inicio del proceso penal, con lo cual podría decirse que estamos ante el supuesto de imputación por medio de la resolución de inicio formal del proceso penal²⁴. Pero, aparte de la formalización de la denuncia, es posible que la imputación emerja o la haga la misma policía a través del atestado o informe policial²⁵, supuesto en el cual, debido a que el atestado no tiene vida autónoma, necesariamente deberá emitirse, previa valoración, un auto de inicio formal del proceso penal –disposición de formalización de la investigación preparatoria–, o de ser el caso una formalización de denuncia realizada por el Fiscal y dirigida al director de la investigación –el Juez en esos casos–; ahora, aquí también cabe rechazar el fraude de ordenar investigación policial y elaboración del correspondiente atestado cuando ya antes se tenía conocimiento de la imputación en contra de una determinada persona, pues en tal supuesto la imputación no aparece con el atestado sino antes de él²⁶.

23 JAUCHEM. Ob. cit., pág. 15.

24 Podría ser que antes de la formalización de la denuncia el funcionario decidiera realizar diligencias preliminares, supuesto en el cual necesariamente deberá comunicar al imputado el hecho delictivo que se le atribuye; ahora bien, recibida la formalización de la denuncia por el director de la investigación, podría ser que éste también ordene diligencias preliminares, antes de emitir o no la decisión formal de inicio del proceso penal, en cuyo caso deberá comunicar al imputado el hecho delictivo que se le atribuye.

25 Para MORENO CATENA, Víctor en: GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., pág. 165, el mismo tratamiento jurídico previsto para la denuncia, esto es que requiere admisión para que exista imputación, debe darse al atestado policial.

26 En el supuesto que la imputación contra una concreta persona aparezca durante la investigación policial, corresponde redactar el atestado y remitirlo a la autoridad competente, absteniéndose de continuar con la investigación, salvo que se comunique a aquella persona el hecho que se le atribuye, a fin de que adquiera el status de imputado y pueda ejercer su derecho de defensa. En relación a ello convenimos con la afirmación de JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 16., cuando sostiene que la calidad de imputado y el

4.2.4. Cuando de cualquier actuación procesal emerja la imputación

Si bien los anteriores supuestos en que se manifiesta la imputación del delito no comportan mayores problemas, sin embargo, éste representa uno en el que existen posiciones algo divergentes, aunque desde nuestra perspectiva ello es más aparente que real. En todo caso antes de adentrarnos en el tema, nos parece necesario precisar dos cuestiones; primero, en esta modalidad de expresión de la imputación no ingresan los supuestos ya tratados anteriormente; y segundo, de este supuesto quedan excluidos todos aquellos actos o hechos que tienen lugar fuera la investigación o del proceso, como podría ser un reportaje periodístico o el dicho de una persona sin la formalidad de una actuación procesal.

En relación al tema en sí, Vázquez Rossi refiere que pueden darse alternativas que signifiquen que se imputa a una persona la comisión de un delito, como por ejemplo el reconocimiento (en rueda de personas o mediante otro procedimiento), las conclusiones de una pericia o de un sumario administrativo, o los dichos de un testigo; en todos estos casos, dice el profesor argentino, se está ante actos ejecutados dentro de un procedimiento en marcha que implica la efectividad de una persecución penal, aunque aun la misma no se haya concretado en la dirección concerniente al sujeto en cuestión²⁷.

Nos parece que tiene razón el citado profesor, pues, es perfectamente posible que aunque el proceso se haya iniciado contra una determinada persona, ya durante la investigación, el resultado de un reconocimiento de personas, o el de un informe pericial, y también el dicho de un testigo, pueden revelar que otra persona –incluso quien hasta ese momento se consideraba víctima o testigo– tiene participación en el delito, significando ello entonces una imputación que vendría a determinar claramente, a partir de ese momento, el status de imputado de aquel sujeto. En todo caso, es de precisar que tanto la legislación como la doctrina argentinas y españolas, al tratar de los supuestos en que existe una imputación, han considerado no solo a la denuncia o la detención, sino también a otros actos del procedimiento²⁸, expresión en la cual pueden

consecuente goce de sus derechos y facultades emerge desde cualquier actuación inicial en su contra, aun las preprocesales.

27 VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., pág. 78.

28 Vid. JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 14. MONTÓN REDONDO, Alberto en: MONTERO AROCA, Juan y otros. Ob. cit., pág. 238 y 239. También el Código Procesal Penal Mode-



considerarse comprendidos, según entendemos, el reconocimiento de personas y la misma sindicación que hace un testigo.

Como dijimos al iniciar este apartado, existen posiciones diversas sobre esta cuestión; en ese sentido, y en el marco de la doctrina argentina de este nuevo siglo, Jauchem ha señalado que no queda comprendida, dentro de las previsiones de la ley procesal, la indicación de una persona como partícipe de un delito, hecha por un testigo en su declaración, o el señalamiento de un reconociente a un integrante de la rueda de personas para la identificación, por cuanto no son éstos los actos susceptibles de dar apertura a los derechos del sindicado, sino las actuaciones oficiales –policiales o judiciales– que se promuevan a raíz de aquéllas²⁹.

Desde nuestra perspectiva, la posición de Vázquez Rossi y la de Jauchem, podrían fácilmente compatibilizar, si se reconoce la necesidad inmediata de que tal sindicación hecha por el reconociente o el testigo, se traduzca en una citación por parte de la autoridad policial, fiscal o judicial, para que la persona sindicada o reconocida comparezca a rendir su declaración, o de ser el caso, a participar en un acto de investigación. De esta manera, deberá aceptarse con Vázquez Rossi que, en la declaración del testigo o en el reconocimiento de personas puede emerger la imputación, pero, en tales supuestos también deberá admitirse la necesidad de que la autoridad informe mediante acto oficial a la persona imputada, con lo cual se observa el acierto de la posición de Jauchem. Ahora bien, lo que ya no resulta aceptable es que producida la imputación en la declaración del testigo o en el reconocimiento de personas, se prosiga la investigación en contra de este nuevo imputado, con el argumento que todavía no hay pronunciamiento oficial o formal y que es necesario hacer más verificaciones para corroborar tal sindicación.

Por su parte, en España, la jurisprudencia ha venido a sostener, por un lado, que si no basta la interposición de denuncia o querrela contra persona determinada para convertirla en imputado, menos debe bastar

lo para Iberoamérica prevé en su artículo 6 que “las facultades que las leyes fundamentales del Estado y de este Código otorgan al imputado puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye participación en un hecho punible, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización”; donde *primer acto del procedimiento* es, según el mismo precepto, “cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o partícipe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal”, citado por VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. Ob. cit., pág. 78.

29 JAUCHEM, Eduardo. Ob. cit., pág. 17.

con el mismo efecto la atribución de un hecho punible a persona cierta y determinada en cualquier diligencia o, en concreto, por cualquier testigo³⁰; y por otro, que una persona, aun no procesada formalmente, es titular del derecho constitucional a la defensa, siempre y cuando resulte efectivamente de las actuaciones procesales que es considerada ya por el instructor como imputada o, cuando menos, sospechosa de haber delinquido³¹. Aunque de lo reseñado pareciera existir una contradicción en la jurisprudencia española, sin embargo, lo cierto es que para ella la declaración del testigo o la actuación procesal de la que deriva una sindicación, por sí solas no determinan una imputación; sino, cuando la valoración del órgano encargado de la investigación, determina que tal sindicación es verosímil, momento en el cual surge también la obligación de informar a tal persona del hecho delictivo que se le atribuye.

De cualquier forma, la posición de la jurisprudencia española igual nos parece incorrecta, porque en el fondo viene a ser una derivación de aquella otra tesis, que antes rebatimos, según la cual la denuncia no contiene una imputación sino hasta que es admitida por la autoridad; afirmar ello es una incorrección, pues, la valoración de la autoridad solo es el tamiz de control para determinar si la sindicación es verosímil o no, de manera que ni ella ni la admisión, y tampoco la notificación que se curse, hacen surgir la imputación, dado que esta ya fue formulada en la denuncia o evidenciada en alguna actuación procesal como puede ser la declaración de un testigo. Obviamente, de considerarse inverosímil la imputación plasmada en la denuncia, en la declaración de un testigo o en otra actuación procesal, no corresponderá informarle a la persona imputada del delito atribuido, con lo cual no se vulnera derecho o garantía alguna; pero, insistimos, ello no significa que no hubo imputación, aunque sí podría decirse en cierta forma que no hubo imputación eficaz.

Por otro lado, la doctrina española mayoritaria ha reparado en que la valoración que hace el Juez o el Fiscal para determinar la verosimilitud de la sindicación hecha por un testigo, y también en la denuncia, podría constituirse en una brecha para vulnerar el derecho de defensa de la persona sindicada –imputado–, si se cree que para cumplir aquel co-

30 STC 135/1989, de 18 de julio, citada por HUERTAS MARTÍN, M. Isabel. Ob. cit., pág. 211. También en VERGER GRAU, Joan. Ob. cit., pág. 51.

31 STC 37/1989, de 15 de febrero, citada por VERGER GRAU, Joan. Ob. cit., págs. 50 y 51. También en FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y otros. Ob. cit., pág. 132.



metido es menester realizar actos de investigación; como dijimos antes, la valoración o la ponderación no puede extenderse a realizar nuevas investigaciones sin que la persona afectada sea informada de las mismas o bien sin que se proceda a hacerle saber de la imputación, pues ello vulneraría su legítimo derecho de defensa³². Como ha dicho Asencio Mellado, esa valoración por parte de la autoridad a cargo de la instrucción o investigación, no puede implicar que dicha autoridad retrase la imputación para avanzar inquisitorialmente en la investigación³³.

No tenemos dudas que este supuesto de imputación, a través de determinados actos del procedimiento, como el reconocimiento de personas o la sindicación hecha por un testigo, es poco aceptado o quizá sea mejor decir es desconocido en nuestro medio; pero en uno u otro caso, nos parece necesario insistir en que al ser la imputación una cuestión que hace surgir el derecho de defensa, debe siempre ser interpretada de forma amplia y no restringida, buscando optimizar la eficacia del aquel derecho, y teniendo presente que:

*"(...) El derecho de defensa está relacionado con la existencia de una imputación, y no con el grado de formalización de tal imputación. Al contrario: cuanto menor es el grado de formalización de la imputación, mayor es la necesidad de defensa. Por lo tanto, el derecho de defensa debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que esta sea. Esto incluye las etapas "preprocesales" o policiales; vedar durante estas etapas el ejercicio del derecho de defensa es claramente inconstitucional."*³⁴

4.3. La necesidad de informar de la imputación al imputado

Con gran precisión y acierto, decía el profesor Maier, que "nadie puede defenderse de algo que no conoce"³⁵, y no cabe duda que ello es así, pues mientras la persona no sepa del hecho delictivo que se le atribuye, nada podrá hacer ni decir; por tal razón, si realmente pretende respetarse los derechos del imputado, el primer paso consiste en ponerlo en

32 HUERTAS MARTÍN, M, Isabel. Ob. cit., pág. 212.

33 Citado por FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, en: PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús y otros. Ob. cit., pág. 132.

34 BINDER, Alberto. Ob. cit., pág. 152.

35 MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 559.

conocimiento de la imputación formulada en su contra. Ello constituye un derecho del imputado, el derecho a ser informado o conocer del hecho delictivo que se le atribuye, y de ordinario se considera que integra el derecho de defensa, aunque para algunos en rigor es el que permite su ejercicio.

Pero, visto desde el otro frente, es decir, del plano de los deberes, es el Estado, a través de sus funcionarios del sistema de justicia penal, quien debe velar porque tal derecho se respete en el sentido de informar al imputado del delito que se le atribuye, siendo que aquí la inmediatez tiene carácter determinante, pues, “los deberes de información surgen desde la misma aparición de la fuente de imputación, en cuanto el imputado ostenta, ya desde ese mismo instante, los derechos de defensa y de contradicción”³⁶.

Ahora bien, el deber de informar al imputado del delito que se le atribuye, no puede ser cumplido de cualquier forma, pues, que se le informe del artículo del Código Penal en que se subsume el hecho denunciado, o del nombre jurídico que recibe el delito atribuido, desde luego es absolutamente insuficiente. El deber de informar solo quedará cumplido, y de esa forma, garantizado el derecho de defensa, cuando la información determine los hechos en que consiste la imputación, además de la calificación jurídica preliminar, e incluso los elementos de juicio que la sustentan.

5. TRATAMIENTO DOGMÁTICO SOBRE EL SURGIMIENTO DEL STATUS DE IMPUTADO

5.1. Denominaciones legales que se da al imputado

El Código Procesal Penal ha previsto diversas denominaciones para la persona a quien se atribuye un determinado delito; así, se alude al denunciado, investigado, procesado, acusado e imputado. En cuanto al término denunciado, éste aparece en los artículos 2 numeral 1, literal c), que se refiere al principio de oportunidad; y 334 numeral 1, referido a la calificación de la denuncia; mientras que la palabra investigado está prevista en los artículos 207 numeral 1 y 2, en relación con la videovigi-

36 HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, “El estatuto del imputado en el proceso penal” en: *Hacia un Nuevo Proceso Penal*. Ob. cit., pág. 145.



lancia; 230 numeral 2, sobre la intervención de comunicaciones telefónicas; y 555 numeral 4, referido a la cooperación internacional.

Sobre los términos procesado y acusado, hemos de precisar que son utilizados reiteradas veces en el Código Procesal Penal, siendo que el primero parece no vincularse a determinada fase del proceso penal, y curiosamente es empleado como sinónimo de imputado en la parte del código que está dedicada al imputado y a su abogado defensor como sujetos procesales; por su parte, el término acusado está circunscrito a la fase de enjuiciamiento penal, e incluso a la fase intermedia del proceso penal.

Pero, sin duda, el término más utilizado en aquel cuerpo normativo es el de imputado, pudiendo ser considerado por tal razón como una categoría transversal a toda la regulación del citado Código, lo cual nos exime de mencionar los artículos en que aparece previsto; en todo caso, lo que no puede soslayarse es el hecho de reconocer que todos los demás términos mencionados hacen alusión directa a la persona a quien se atribuye un delito, esto es, al imputado.

Ahora bien, que el término imputado sea utilizado de forma reiterada en el código, no significa que éste tenga expresamente un concepto sobre aquél, porque tal cosa no ocurre, y ello puede verificarse haciendo una revisión minuciosa de los artículos del citado texto normativo. Por otro lado, que no exista de forma expresa un concepto legal de imputado, no significa que sea imposible extraer o construir uno a partir del análisis dogmático de los diversos preceptos del Código Procesal Penal; de manera que, en lo que sigue, intentaremos concretar dogmáticamente un concepto de imputado, aunque para ello, con carácter previo, debe determinarse también dogmáticamente los supuestos en que existe una imputación del delito, en el entendido que de ella depende el surgimiento del status de imputado.

5.2. Los supuestos de la imputación que prevé el código

Conforme al desarrollo doctrinal que hicimos sobre los supuestos en que existe una imputación de delito, corresponde abordar en primer lugar el supuesto de la **decisión formal de inicio del proceso penal**; en tal sentido, debe precisarse que esa decisión aparece regulada en el artículo 336 del Código Procesal Penal, con el epígrafe de formalización y continuación de la investigación preparatoria. Aquí existe una imputación de delito, por cuanto la disposición fiscal a emitirse debe contener el hecho y la tipificación del delito que se atribuye, y además el nombre completo del imputado, estableciéndose además que esta disposición fiscal debe



ser notificada a la persona que aparezca como imputado. Como podrá notarse este es un supuesto de imputación que no admite duda alguna.

En el caso de **la detención policial**, debemos referir que también aquí existe una atribución del delito, pues estando al tenor del artículo 259 del Código Procesal Penal, es la Policía la que constata la realización del delito ejecutada por una persona, al verla en ese preciso instante en que comete el hecho, o verla inmediatamente después con objetos o huellas que revelan que acaba de cometerlo, con lo cual queda claro que el delito se está imputando a esa específica persona³⁷. Este aserto está corroborado por el artículo 71 del código, cuando establece que los Jueces, los Fiscales o la Policía Nacional, deben hacer saber al imputado que tiene derecho, entre otros diversos, a conocer los cargos formulados en su contra, y en caso de detención, a que se exprese la causa o motivo de dicha medida; por cuanto, como podrá advertirse, el status de imputado también le es reconocido al detenido.

Pero, además, desde la perspectiva del derecho de defensa, que surge cuando hay la imputación de un delito en contra de una persona –imputado–, queda evidenciado que al detenido se le imputa un delito, pues el artículo IX del Título Preliminar del citado cuerpo normativo expresamente establece que “toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente *la imputación formulada en su contra*, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o *detenida por la autoridad*”³⁸. (La cursiva es nuestra)

Además de la detención policial, el código ha regulado en los artículos 261 y 268, la detención preliminar judicial y la prisión preventiva respectivamente; con lo cual surge la pregunta de si también esas modalidades

37 Según la última modificación del citado artículo, en algunos casos, serán los particulares quienes aprecien la flagrancia del delito, para luego comunicarle a la Policía a efectos de que procedan a la detención de la persona **sindicada**. Ahora, que ello sea correcto, o mejor, conforme a la Constitución, es un asunto que no corresponde abordar aquí, pero, en todo caso no debe dudarse que la detención en tales casos comporta una imputación del delito, que surge precisamente por la sindicación de otro individuo. Ciertamente algo similar cabe referir respecto al arresto ciudadano.

38 Nótese que este artículo no constituye una innovación del nuevo código, sino, en rigor, es la reproducción, o si se quiere concreción, del artículo 139 numeral 14 de la Constitución Política del Perú.

de restricción de la libertad comportan o presuponen una imputación de delito. Pues, bien, en relación a la detención preliminar, el Fiscal que la requiere ante el Juez, lo hace por considerar que una persona –de quien se pide su detención– ha cometido un delito; y ocurre lo mismo en la prisión preventiva, tanto más que antes de requerirla el Fiscal debe emitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, en los términos que vimos anteriormente. De esta manera, la respuesta a aquella pregunta es afirmativa.

Respecto a **la denuncia** es evidente que ella contiene, o mejor, consiste en una imputación de delito, por cuanto el artículo 328 del Código Procesal Penal, en la parte pertinente, establece que toda denuncia debe tener una narración detallada de los hechos, esto es, del delito que se atribuye a una determinada persona. Ahora bien, ciertamente la consecuencia de la interposición de una denuncia puede ser, ya la emisión de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme establece el artículo 336 numeral 1, de aquel cuerpo normativo, o ya el inicio de las diligencias de investigación preliminar para determinar si corresponde o no formalizar la investigación preparatoria, conforme prevé el artículo 330 numeral 1, de mismo código; pero, en ambos casos, insistimos, es la denuncia la que contiene en sí –o primero– la imputación del delito, que al ser objeto de valoración por el Fiscal, queda subsumida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria o en la disposición de apertura de investigación preliminar.

Por otro lado, en el supuesto que la denuncia dé lugar a la realización de actos de investigación preliminar –diligencias preliminares de investigación en el código–, es posible que los mismos sean realizados por la Policía inmediatamente de conocida la denuncia, al tratarse de actos de investigación urgentes e imprescindibles; pero, también es factible, y se podría decir frecuente, que el Fiscal emita una disposición de apertura de la investigación preliminar, para luego realizar directamente o a través de la Policía, los actos de investigación que cree necesarios. Respecto a la disposición de apertura de la investigación preliminar, cabe precisar que no existe norma expresa, como sí ocurre en la formalización y continuación de la investigación preparatoria, que prescriba la notificación de tal disposición al imputado, con lo cual para algunos en esta sub fase del proceso penal –investigación preliminar– todavía no existiría imputado, creando al efecto una serie de denominaciones como las de investigado, indagado, sospechoso, entre otros, que tiene



por fin no reconocerle los derechos de quien en rigor es un imputado; ahora, pese a ese silencio normativo, estimamos que igual corresponde comunicar a la persona a quien se imputa el delito, aquella disposición de inicio de la investigación preliminar, pues mediante esta disposición es que el imputado puede conocer el delito que se le atribuye, vale decir, la imputación plasmada en la denuncia³⁹.

Esta posición en opinión de algunos no estaría conforme al texto del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que establece, entre otros, el derecho de la persona a que se le comunique inmediatamente de la imputación en su contra, desde que es citada o detenida por una autoridad⁴⁰; bueno, no quedaría sino darles la razón a quienes opinan así, de no ser porque la interpretación de las disposiciones legales va más allá de la remisión a la literalidad, y es que interpretando literalmente aquella disposición también cabría sostenerse que mientras la persona no sea citada por la autoridad, no correspondería hacerle saber del hecho delictivo que se le atribuye, con lo cual podría realizarse toda la investigación preliminar sin que el imputado lo sepa, justificando tal accionar en el hecho de que la autoridad todavía no lo citó. Todo lo cual es un absurdo.

Desde nuestra perspectiva, del mencionado artículo puede concretarse, entre otras, la norma según la cual el imputado debe ser informado inmediatamente de la imputación en su contra, hecho que debe realizarse con motivo de la citación que le curse la autoridad, siendo que tal citación también deberá ser cursada tan pronto sea conocida la imputación; precisamente esta norma es la que creemos aparece plasmada en el numeral 2 del artículo 71 del mismo cuerpo normativo, cuando establece que los Jueces, Fiscales o la Policía Nacional deben hacer saber al imputado de manera inmediata y comprensible que tiene derecho a conocer los cargos formulados en su contra. Además, esta última disposición también concuerda con la prevista en el numeral 1 del mismo artículo, que establece que el imputado puede hacer valer los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación, pero, como

39 Sin perjuicio de lo dicho, no debe descartarse la posibilidad de utilizar la citación para que el imputado comparezca ante la Policía o el Fiscal, a fin de que le informen sobre el particular, e incluso le tomen luego su declaración, con lo cual esta sería la primera actuación antes de realizar otros actos de investigación.

40 Con similar texto, este derecho aparece también en el artículo 139 numeral 14 de la Constitución Política del país.



podrá advertirse, para tal fin, primero requiere que se le comunique la imputación en su contra.

Lo acabado de señalar no significa que en todos los casos la realización de actos de investigación dependa de la previa comunicación al imputado del hecho delictivo que se le atribuye, pues, es posible que la Policía actúe de forma inmediata, por ser urgente e imprescindible, aunque todavía no se haya cumplido con aquella comunicación; e inclusive, en el caso de que se emita la disposición de inicio de la investigación preliminar, y en menor medida en el caso de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, podría realizarse actos de investigación urgentes, necesarios, e inaplazables, antes de cumplir con hacer conocer la imputación al sujeto que aparece como imputado. Según vemos, se trata de cuestiones excepcionales que deben determinarse puntualmente, y que no podemos abordar en este escrito, bastándonos con señalar que la regla y principio general es que toda imputación de delito plasmada en una denuncia debe ser comunicada a la persona –imputado– a quien se atribuye tal hecho, de forma inmediata y con carácter previo a cualquier acto de investigación; esa comunicación puede realizarse mediante la notificación de la formalización de la investigación preparatoria, de la disposición de inicio de la investigación preliminar, o de una simple citación.

Llegados a este punto, cabe preguntar si existen otras formas, diferentes a las ya analizadas, en que pueda manifestarse la imputación de un delito; ciertamente la respuesta doctrinal en general es afirmativa –sin perjuicio de algunas discrepancias que son más aparentes que reales–, pues, se afirma que a través de la **declaración de un testigo, o del reconocimiento en rueda** que hace una persona, entre otras actuaciones, se vendría a concretar una atribución del delito en contra de determinado sujeto, esto es, una imputación. Obviamente el Código Procesal Penal no ha previsto una disposición expresa que dé respuesta positiva a tal pregunta, y si bien particularmente consideramos que sí estaría admitida aquella posibilidad, corresponde establecer los fundamentos normativos de tal posición.

Tanto en el caso del testigo que al declarar señala que una determinada persona –a quien identifica con nombre y apellido– es la que ha cometido el delito, cuanto en el de la persona que teniendo en frente un grupo o rueda de individuos reconoce a uno como el autor del delito que presenció, el fundamento normativo para considerar que existe una

imputación es el previsto en los artículos 326 y 328 del Código Procesal Penal; en efecto, el primero establece que cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, en tanto que el segundo señala que la denuncia puede formularse de forma escrita o verbal. De esta manera, si el testigo al declarar afirma que el delito lo ha cometido Juan Pérez Pérez, o si el reconociente –que en buena cuenta actúa aquí como testigo– señala que una de los integrantes de la rueda es a quien vio cometer el delito, entonces, se habrá producido materialmente la atribución del delito a una persona, es decir, una imputación, independientemente del tratamiento procesal que el código depara al testimonio y al reconocimiento en rueda de personas; ahora bien, adicionalmente cabe precisar que en ambos supuestos la forma de la denuncia es verbal y se realiza ante la autoridad pública, que en la mayor parte de casos es el Fiscal.

A lo sostenido algunos objetarán que cuando se trata de un imputado que declara o realiza el reconocimiento en rueda en contra de otro, no cabe hablar de imputación; sin embargo, aunque cabe reconocer el diferente estatuto y tratamiento procesales del imputado y el testigo, estimamos que debería estarse al contenido de la misma diligencia antes que al sujeto que lo protagoniza, por cuanto en ambos supuestos se estará afirmando que el delito ha sido cometido por determinada persona, es decir, se estará realizando una imputación. En todo caso la calidad de quien realice esa imputación, el testigo o el imputado, únicamente debería influir en la mayor o menor fiabilidad de la imputación, pero, no en la existencia de la misma.

Con todo lo dicho hasta aquí, es evidente que nuestra posición consiste en afirmar que el Código Procesal Penal reconoce, de forma más o menos expresa en relación a determinados supuestos, que la imputación penal se manifiesta a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria –incluso la disposición de inicio de la investigación preliminar–, la detención, la denuncia y otras actuaciones procesales en las que se atribuye a otro la comisión del delito –la declaración testimonial y el reconocimiento en rueda, entre otras–. Es en estas condiciones que recién puede ensayarse un concepto sobre el imputado en el proceso penal.

5.3. Una aproximación al concepto dogmático de imputado

Preferimos hablar de aproximación por cuanto en la tarea de decir el significado de un término, en el marco del Derecho, difícilmente puede



llegarse a posiciones acabadas y definitivas, tanto más si el estudio es uno breve como este; en ese sentido, podemos señalar que el imputado es la persona física a quien un particular o un funcionario público le atribuye ante la autoridad de la persecución penal la comisión de un hecho delictivo, atribución que puede realizarse de forma verbal o escrita, dentro o fuera del proceso penal⁴¹, haciendo que tal persona a partir de ese momento adquiera el status procesal de imputado, y por tanto, la posibilidad de ejercitar cualquiera de los derechos que la Constitución y las leyes le reconocen a este sujeto del proceso penal.

6. LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA CONCRETO: LOS RECONOCIMIENTOS EN RUEDA FOTOGRÁFICA

Vimos al plantear el problema materia de estudio, que la posición de los Fiscales y Jueces consistía en negar la calidad de imputado a la persona que, habiendo sido sindicado por el detenido como propietario de la droga, fue luego reconocida en una rueda fotográfica por el mismo detenido. Pues, bien, estando a los fundamentos doctrinales y dogmáticos expuestos, nuestra posición consiste en sostener que, cuando el detenido señaló que la droga le pertenecía a otro fulano –de quien preciso su nombre y apellidos–, se produjo una imputación, convirtiendo a dicho fulano en verdadero imputado.

Ciertamente en contra de nuestra posición podría afirmarse que el status de imputado no es idéntico al que corresponde al testigo, de manera que si bien podría aceptarse que un testigo en su declaración realice una imputación en contra de alguna persona, de ninguna manera puede admitirse que la imputación la haga en su misma declaración el imputado. Sobre el particular ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en el sentido de afirmar que tanto el testigo como el imputado pueden atribuir, en sus respectivas declaraciones, la comisión del delito a una tercera persona; en todo caso es de agregar que el numeral 1 del artículo 326 del Código Procesal Penal, señala que cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictivos ante la autoridad pertinente, no excluyéndose a testigos ni imputados, con lo cual queda

41 Si estuviera en marcha un proceso penal, deberá emitirse la disposición que permita la inclusión de esta nueva persona en calidad de imputado, al mismo tiempo que será preciso informarle inmediatamente de tal imputación; en tanto que si no existiera proceso penal, deberá iniciarse éste en su fase de investigación preliminar o de investigación preparatoria formalizada, debiendo cumplirse también con comunicar al imputado el hecho delictivo que se le atribuye.

evidenciado que cualquiera de ellos pueden realizar la imputación del delito en contra de alguien, aunque en relación al imputado ciertamente su imputación será menos fiable en el entendido que no ha prestado juramento de decir la verdad.

Vista la cuestión desde otro ángulo, esto es, desde el interés de quien es sindicado como autor del delito, nos parece que resulta indiferente si la imputación es realizada por un testigo o un imputado en condición de detenido, desde que en ambas situaciones será este nuevo imputado —a quien el testigo u otro imputado le atribuyen el delito— la persona que tenga absoluto y legítimo interés en defenderse ante los cargos formulados en su contra. En buena cuenta, será él quien exija al Estado el respeto de sus derechos y garantías, entre ellos, el de defensa, siendo necesario para tal fin que se le comunique inmediatamente la imputación formulada en su contra.

Entonces, admitido el status de imputado de aquella persona, esto es, del sindicado por el detenido, es evidente que la diligencia de reconocimiento en rueda fotográfica significó la vulneración de sus derechos, pues, antes de su realización correspondía comunicarle del hecho delictivo que la persona detenida había formulado en su contra, lo que no se hizo en los casos planteados. Pero, además, es de tener en cuenta que el mismo Código Procesal Penal en su artículo 189, numeral 3, establece la necesidad de que la diligencia de reconocimiento sea presenciada por el defensor del imputado, es decir, el defensor de la persona que estando en la rueda puede ser reconocida; y si bien, en los casos planteados, el nuevo imputado no estaba presente, hecho que motivó se utilicen sendas ruedas fotográficas, no obstante, las reglas del primero le son aplicables de conformidad a lo establecido en el numeral 2 del mismo artículo, con lo cual es claro que el acto debía ser presenciado por el abogado defensor de aquel imputado, y no de quien realizó el reconocimiento, que en esta actuación es asimilado a la condición de testigo.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar un argumento de la Fiscalía que hacía referencia a la necesidad y urgencia de practicar la diligencia de reconocimiento en rueda fotográfica, aun sin la presencia del abogado defensor del imputado; sobre el particular, si bien hemos aceptado la realización excepcional de actos de investigación contra un imputado sin que antes se le haya comunicado la imputación formulada en su contra, no obstante, en los casos planteados, como quiera que el reconocimiento de personas es una actuación que tiene la calidad de objetiva e irreproducible —su reproducción merecería escasa o nula fiabilidad—, tal posibilidad quedaba descartada, y por tanto, de la presencia del abogado defensor del imputado dependía el valor probatorio de esa actuación.



7. CONCLUSIONES

Cinco conclusiones podemos extraer de todo cuanto se ha expuesto:

Primero: la determinación del momento en que surge el status de imputado es de crucial importancia para el proceso penal, pues, mientras no se tenga claridad sobre el mismo, se corre el riesgo de que las personas sean investigadas por ciertos delitos que les atribuyen, sin que ellas hayan tenido conocimiento de tal investigación. En buena cuenta, mientras no esté claro el asunto planteado, será posible que en el modelo procesal vigente, que se precia entre otras razones de reconocer diversas garantías, se tramiten procesos penales sin respetar el derecho de defensa.

Segundo: del surgimiento del status de imputado, depende el ejercicio del derecho de defensa, pero a su vez, el primero requiere la existencia de una imputación, esto es, de la atribución de un hecho delictivo a una persona. Solo cuando se ha producido una imputación de un delito en contra de alguien, la misma que debe ser puesta en su conocimiento, aparece el imputado, quien por ser tal podrá ejercer todos los derechos que integran el derecho de defensa.

Tercero: los supuestos en que existe una imputación de delito, deben ser apreciados en términos flexibles y amplios, dado que de tal situación depende el ejercicio del derecho de defensa. En ese sentido, existirá una imputación cuando formalmente se dé inicio al proceso penal, se presente una denuncia, se detenga a una persona, o cuando en las actuaciones procesales alguna persona –testigo, perito, imputado– atribuya a otra, expresa o tácitamente, la comisión de un delito.

Cuarto: realizar actos de investigación, después que se ha producido una imputación, exige que previamente se haya informado al imputado del hecho que se le atribuye. En tal sentido, continuar la investigación pese al surgimiento de la imputación –en cualquiera de los supuestos antes mencionados–, arguyendo que es necesario hacer más verificaciones antes de comunicar al imputado del hecho delictivo atribuido, es una de las prácticas que directamente nos vuelve al proceso penal que se pretendía dejar o erradicar.

Quinto: cuando un testigo o un imputado –libre o detenido– sindique a una persona como autora o coautora del delito, se habrá producido la imputación, y por tanto el surgimiento del status de imputado. Continuar con las investigaciones exige que previamente se haga saber al imputado que alguien le atribuye un delito, a efectos de que pueda ejercer su derecho de defensa.



COMENTARIO 2:

MALAS PRÁCTICAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

**El acta de entrevista única y el reconocimiento
fotográfico de personas**

JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ*

MARCO NORMATIVO

- Código Procesal Penal de 2004: artículos IX, 71.2.c, 96, 189, 242.1, 329, 330, 356.1
- Código de Procedimientos Penales de 1940: art. 72
- Constitución Política: art. 159
- Ley Orgánica del Poder Judicial: art. 1

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema que a continuación se plantea ocurre en algunos distritos judiciales del norte y sur del país, donde se está aplicando el nuevo Código Procesal Penal (NCPP); se trata de la progresiva aceptación de que los actos de investigación son de contradicción. Para dar respuesta al problema propuesto, se analizarán dos resoluciones judiciales: la primera, una acción de tutela que declara la invalidez del acta de entrevista de menor y, la segunda, una sentencia que declara la ilicitud de los actos de investigación.

Antes de entrar a su análisis, es necesario dejar constancia de que gracias a los procesos de inducción en la implementación del NCPP conducidos por el Equipo de Implementación de la Fiscalía de la Nación, es que hemos logrado recabar la información que ilustrará este artículo, aprovechando además el intercambio de experiencias laborales con sus similares de La Libertad, Huaura, Arequipa, etc.; en cada reunión de trabajo, se han advertido los diferentes juicios de interpretación de la norma procesal a que los fiscales llegan en su afán de perseguir el delito respetando las garantías constitucionales.

Es respetable la apreciación de cada distrito judicial en la aplicación de la norma procesal; empero, de no sentarse criterios uniformes en la investigación penal, se generará pronto una gran incertidumbre debido a la au-

* Fiscal Provincial Penal del Distrito Judicial de Moquegua. Docente de Derecho Procesal Penal.



sencia de un planteamiento común de cara a la lucha contra la criminalidad. Esperemos que el presente artículo ayude a las instancias correspondientes a abocarse al problema y redireccionar la política de implementación.

II. LOS CASOS PLANTEADOS

1. La invalidez del acta de entrevista única (declaración) de la menor agraviada por el delito de violación sexual¹

En el distrito judicial de Cañete, la Sala Penal de Apelaciones declaró fundada la solicitud de tutela de derechos, ordenando que el fiscal conduzca una nueva entrevista única (declaración) de la menor agraviada por el delito de violación sexual, garantizando que el imputado asista a ella con su abogado defensor. Considera la Sala, para ello, que se llevó a cabo un inicial acto de investigación que entrañó la violación del derecho de defensa reconocido en el artículo IX del NCPP, porque el fiscal realizó la entrevista sin la presencia del imputado y su abogado defensor, como garante de tal actuación.

2. La absolución del acusado por tentativa de homicidio² por ilicitud del reconocimiento fotográfico

En el distrito judicial de Moquegua, el juez del Segundo Juzgado Unipersonal absolvió a un acusado por delito de homicidio en grado de tentativa, por considerar –entre otros fundamentos– que el fiscal transgredió los derechos fundamentales del acusado (derecho al debido proceso y derecho de defensa) al no haber garantizado la participación del abogado defensor o del juez de la investigación preparatoria en el acto de reconocimiento fotográfico de personas, sancionando ello con la no valorización del referido reconocimiento”. En términos sencillos, el juez cuestiona que en la diligencia de reconocimiento fotográfico realizada para identificar al acusado, este no contó con un defensor público que garantice su derecho de defensa.

Esos criterios jurisdiccionales, entonces, plantean los siguientes puntos a desarrollar:

- a) La naturaleza jurídica del Ministerio Público.
- b) El nacimiento de la imputación.

1 Exp. N° 00171-2010-8-0801-JR-PE-03.

2 Exp. N° 00215-2009-92-2801-JR-PE-01.



- c) Los actos de investigación: el acta de entrevista de menor (declaración) y el reconocimiento fotográfico de personas.

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Las desafortunadas decisiones judiciales en comentario parten de una interpretación del artículo XI del Título Preliminar del NCPP como la que sigue:

La Sala Penal de Apelaciones consideró “que el derecho de defensa del imputado en cualquier estado del proceso, y el derecho a la defensa gratuita en caso de no acceder a una defensa de su elección, están previstos en el artículo 139 incisos 14 y 16 de la Constitución Política del Estado, precepto que fue desarrollado normativamente por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, cuando dispone que toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto, entre otros, 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; norma que sin necesidad de mayor análisis, y con rango de principio, concede al imputado el derecho de contar con defensa técnica desde el primer momento de iniciada la investigación en su contra, tal como también lo dispone el artículo 71 inciso 2 literal c) del mismo cuerpo punitivo, el cual contiene un mandato imperativo sobre el derecho a ser asistido desde los actos iniciales de investigación por un abogado defensor. Ahora bien, dicho derecho de defensa no se concreta en una actuación pasiva del Estado consistente en permitir al imputado a que haga o no haga una actividad defensiva, sino que se proyecta inclusive a asegurar una nivelación con su acusador en cuanto a su intervención durante todas las diligencias, de tal forma que –conforme señala la misma norma– se configure una igualdad de armas en la actividad probatoria, la que a su vez se extiende a la práctica de actos de investigación desarrollados tanto en la etapa de la investigación preliminar como en la investigación preparatoria”.

“El CPP de 2004 soluciona una deficiencia del Código de Procedimientos Penales de 1940 e instituye la posibilidad de que el menor agraviado declare anticipadamente para que sea un acto de prueba y no solamente un acto de investigación como lo es el acta de entrevista única”.

En tanto que el juez penal postuló que “constitucionalmente la investigación de delitos se lleva a cabo por la Policía Nacional del Perú, bajo la dirección del Ministerio Público, respetándose por ambas instituciones en



todo momento el debido proceso y el derecho de defensa del imputado, cuya garantía y cautela no puede estar a cargo de uno de tales órganos, puesto que ambos se encuentran dentro de la línea de persecución penal; en un sistema acusatorio dicha función solo podría cumplirla el abogado del imputado”.

Contra esas literales interpretaciones de la norma adjetiva³, postulamos aquella que integra el ordenamiento jurídico en un “todo”, permitiendo la conjunción armónica de los valores y principios con la parte orgánica de la Constitución⁴, para determinar la naturaleza del Ministerio Público en el nuevo proceso penal.

1. El Ministerio Público en el ordenamiento jurídico peruano

La entrada progresiva del NCPP en el Perú no implicaba la asunción novísima de un sistema procesal acusatorio. Los antecedentes normativos nos dicen que el monopolio de la persecución penal siempre ha correspondido al Ministerio Público⁵; sin embargo, la coexistencia con el antiquísimo Código de Procedimientos Penales (1940) hacía que la investigación del delito se compartiera con el juez penal instructor⁶.

3 “El método literal es el procedimiento de interpretación consistente en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito en el que se haya producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los significados está utilizando la norma”, véase TABOADA PILCO, Giammpol. “¿La posesión de una bala constituye delito de tenencia ilegal de municiones?”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 8, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 85.

4 “La interpretación sistemática trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales, no desde un texto normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable, sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos”; véase RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial, PUCP, Lima, 2006, p. 71.

5 “El objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta en la acusación fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos (Queja N° 1678-2006, del 13 de abril de 2007).

6 Artículo 72 del Código de Procedimientos Penales.- “La instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, de las circunstancias en que se ha perpetrado”.



El sistema acusatorio implica someter a una persona a un juicio penal previa existencia de una acusación de un tercero ajeno al juzgador⁷. Los ochenta o noventa no desconocieron juzgamientos orales con acusaciones fiscales que consagraban el tan –ahora– mentado sistema acusatorio (ejemplo de ello es el proceso ordinario⁸).

Sin embargo, la Constitución de 1993 consideró al Ministerio Público no solo como un ente persecutor del delito, sino también defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y los intereses públicos; ello en virtud al soporte normativo existente en la época que consagraban esa dualidad funcional: Constitución de 1979⁹ y Ley Orgánica del Ministerio Público de 1981¹⁰.

do, y de sus móviles; establecer la distinta participación que hayan tenido los autores y cómplices, en la ejecución o después de su realización, sea para borrar las huellas que sirven para su descubrimiento, para dar auxilio a los responsables o para aprovecharse en alguna forma de sus resultados. Las diligencias actuadas en la etapa policial con la intervención del Ministerio Público y las practicadas por el propio fiscal provincial, con asistencias del defensor, que no fueran cuestionadas, mantendrán su valor probatorio para los efectos del juzgamiento (...)."

- 7 "La máxima conquista del principio acusatorio -que exhibe como galardón- es que 'sin acusación no hay juez'. Solo a partir de la presentación de la acusación por el fiscal (titular de la acción penal) tiene lugar la intervención del juez penal. Dentro de un modelo acusatorio no es posible la intervención de oficio del juez en el proceso penal"; véase: Sistema Acusatorio Adversativo. Academia de la Magistratura. Consultoría para el Servicio de Diseño. Tratamiento Pedagógico y Materiales de Estudio de Trece Módulos de Capacitación dirigidos a Jueces y Fiscales de Lima. Innoca - PUCP, Lima, 2009, p. 28.
- 8 "El papel más importante del fiscal en la audiencia es sostener la acusación pública. Su presencia en la audiencia es obligatoria, salvo en los delitos de ejercicio privado de la acción penal. La omisión de tal intervención es causal de nulidad (artículo 209 del Código de 1940)". SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Grijley, Lima, p. 669.
- 9 **Artículo 250 de la Constitución Política del Estado de 1979.**- "El Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado. Le corresponde: 1.- Promover de oficio o a petición de parte la acción de la justicia en defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley. 2.- Velar por la independencia de los órganos judiciales y por la recta administración de justicia. 3.- Representar en juicio a la sociedad. 4.- Actuar como defensor del pueblo ante la Administración Pública. 5.- Vigilar e intervenir en la investigación del delito desde la etapa policial, y promover la acción penal de oficio o a petición de parte. 6.- Emitir dictamen previo a todas las resoluciones de la Corte Suprema, en los casos que la ley contempla, y 7.- Las de más atribuciones que les señalan la Constitución y las leyes".
- 10 **Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.**- "El Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos; la representación de la sociedad en juicio, para

Los alcances de los incisos 1 y 2 del artículo 159 de la Constitución¹¹ se oponen, consiguientemente, al puro rol acusador del fiscal, ya que, además de investigar, le corresponde garantizar la debida adecuación de las actuaciones de los demás operadores jurídicos a la ley y garantizar la defensa del imputado.

2. El Ministerio Público: defensor de la legalidad

La atribución constitucional del Ministerio Público de ser el organismo autónomo encargado de “la defensa de la legalidad” no significa un acto veleidoso, sino una necesaria afirmación de la posición dominante del derecho europeo-continental¹² de contar con un *custos legis*,¹³ en otras palabras, con un organismo encargado de vigilar el buen cumplimiento de la ley¹⁴, que nuestros constituyentes recogieron en las Cartas de 1979 y 1993. Tal como anota Fernández León al abordar al Ministerio Público desde el Derecho Comparado.

“Le corresponde, sí, defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, así como procurar la satisfacción del interés social, pero no mediante actuaciones propias directamente encaminadas a esos fines, sino actuando ante los tribunales para que sean estos los que dicten resoluciones ajustadas a la ley”¹⁵.

los efectos de defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública. La persecución del delito y la reparación civil. También velará por la prevención del delito dentro de los límites que resultan de la presente ley y por la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia y las demás que le señalan la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la nación”.

- 11 **Artículo 159 de la Constitución Política.** “Corresponde al Ministerio Público: 1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho. 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia”.
- 12 Ejemplo de ello es el artículo 124 de la Constitución española (1978) que señala que el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. De oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.
- 13 Fiscal de la ley.
- 14 LUVIANO GONZÁLEZ, Rafael, en: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/11/01164-el-procedimiento-y-el-proceso-penal-Rafael-luviano-gonzales.html>
- 15 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Derecho Procesal. Introducción*, citado por FERNÁNDEZ LEÓN. Whanda. *Procedimiento penal acusatorio y oral*. Librería Ediciones del Profesional. Bogotá, 2006, p. 156.



Este orden de ideas implica que los actos en los que participan los fiscales han sido sometidos a la Constitución y a la ley, y actuados con respeto a los derechos fundamentales, o como lo diría Botero Cardona: “Cualquier decisión tomada por un fiscal en la conducción de las investigaciones y en el ejercicio de la acción penal resulta por definición –según la forma en uso– un ‘acto debido’”¹⁶.

Ejemplo de lo anotado es que los fiscales peruanos, haciendo uso de sus facultades, en un proceso penal irregular, pueden recurrir a favor del imputado, solicitar la declaratoria de ausencia de defensa ante deficientes técnicas de esta o recusar la actuación judicial ante su manifiesta parcialidad contra el procesado; ejercicio que no es común ni regular para un *public prosecutor* del sistema norteamericano¹⁷.

“El acto de reconocimiento fotográfico es un acto de investigación que tiene como única finalidad individualizar a un sujeto. Lamentablemente, la redacción del artículo 189 del Código Procesal Penal de 2004 permite interpretaciones que desnaturalizan este acto.”

El NCPP tampoco es ajeno a la aludida dualidad del Ministerio Público, pues el artículo IV de su Título Preliminar consagra un deber de objetividad en cada actuación fiscal. Así, el fiscal debe investigar los elementos de cargo y de descargo, con lo que nos diferenciamos de los cuerpos normativos colombiano¹⁸ o chileno¹⁹, en el sentido que el Ministerio Pú-

16 BOTERO CARDONA, Martín Eduardo. *El sistema procesal acusatorio*. El justo proceso. Estructura y funcionamiento. Ara Editores, Lima, 2009, p. 104.

17 El Fiscal de Distrito (*District Attorney*) cuando ejercita la acción penal ante los tribunales recibe el nombre de *public prosecutor*. Cuando este comparece en juicio no lo hace en representación del gobierno del que administrativamente depende, sino lo hace en el nombre del pueblo americano en el que recae la titularidad única de la acción pública para la persecución de los delitos.

18 Al igual que en la Constitución italiana, la reforma a la Fiscalía General de la Nación colombiana establece el ejercicio obligatorio de la acción penal, el cual se relaciona íntimamente con tres principios constitucionales: el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la independencia judicial; GUERRERO PERALTA. Oscar Julián. *Fundamentos teórico-constitucionales del nuevo proceso penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005, p. 126.

19 “El artículo 80 A CPR y el artículo I LOCMP establecen las funciones que corresponden al Ministerio Público. En primer lugar, se encuentra a su cargo la dirección exclusiva de la investigación de los hechos constitutivos del delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado; en segundo lugar, el ejercicio, en

blico peruano aún posee la atribución constitucional de la defensa de la legalidad.

Así, conforme al modelo acusatorio colombiano, se ha señalado: “Si el fiscal tiene poder para formar procesos o para dirigirlos, no será sino un simple investigador; y esta figura siempre reconocida en él por juristas, aunque se le dé el nombre que se quiera para engañar al vulgo”²⁰.

Los fiscales del Perú, en cambio, no deben permitir que la precitada función constitucional del Ministerio Público languidezca merced a orientaciones o tendencias foráneas ajenas a la realidad jurídica peruana.

Angulo Arana refiere, en atención a ello: “Si examinamos el interés del fiscal, en principio, convendremos en que aquel nunca involucra en sus casos su ‘propio interés’ y jamás es su interés el que aquel sostiene. Ello es así porque en su condición de guardián de la ley y por su vínculo con el principio de legalidad, el fiscal resulta obligado a ejercer sus facultades ante la presencia inequívoca del delito, conforme al principio de oficialidad. Así pues, el fiscal no actúa por interés personal, sino por el interés público y social que emana de la Constitución y de las leyes”²¹.

IV. NACIMIENTO DE LA IMPUTACIÓN PENAL

Una de las inquietudes que parecía absuelta con la dación del NCPP ha sido reabierto como consecuencia de algunos fallos judiciales: ¿cuándo nace la imputación penal? Empezaremos planteando el siguiente concepto: la imputación es la atribución de una conducta prohibida penalmente a una persona. O, como lo recoge también la doctrina: “(...) Solo puede llamarse imputación –en estricto sentido– a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío (...) solo las consecuencias que pertenecen a mi conducta como modificación del mundo exterior pueden ser imputadas”²².

su caso, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley; y tercero, la adopción de medidas de protección de víctimas y testigos”; HORVITZ LENNON, María Inés / LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 143.

20 FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Ob. cit., p. 156.

21 ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “Comentario a la Sentencia del Exp. N° 03995-2007-PA/TC. Caso Tomás Enrique Camminati Oneto”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 11, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 341.

22 REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2ª edición, Temis, Bogotá, 2006, pp. 4 y 5.

García Rada explica la acción de imputar del siguiente modo:

“(...) Imputar es atribuir a una persona la comisión de un hecho que la ley penal califica de delito. La imputación está contenida en la denuncia que presenta el Ministerio Público. La imputación debe reunir dos requisitos: debe ser concreta y debe ser íntegra. Lo primero significa que debe contener una denuncia cierta de un hecho que es delictuoso para la ley; deberá precisado en sus contornos, no siendo necesario detalles íntimos que se darán en la ratificación. Debe ser íntegra conteniendo todo aquello que constituye el delito denunciado, sin recortes ni limitaciones y señalando quiénes lo cometieron sin omitir alguno de los autores o cómplices (...)”²³.

1. En el Derecho Comparado

En el sistema colombiano existen dos etapas en la investigación: a) la indagación, y b) la investigación. La primera, de acuerdo al Manual de Procedimientos de la Fiscalía General de la Nación colombiana, es una fase en la que la Fiscalía averigua sobre los hechos que revisten características de delito y que han llegado a su conocimiento por medio de denuncia, para permitir individualizar a los autores o partícipes del hecho y recabar los suficientes elementos probatorios para formular una imputación en su contra²⁴. En tanto que la segunda (la investigación) comienza con la formulación de la imputación y se extiende hasta antes de la presentación del escrito de acusación; el objetivo de esta es fortalecer los elementos materiales probatorios para acusar a los presuntos autores o partícipes de la conducta investigada, solicitar su preclusión o dar aplicación al principio de oportunidad²⁵.

Por su parte, el sistema chileno regula una investigación preparatoria que se inicia cuando un hecho ‘reviste caracteres de delito, en la que el Ministerio Público o la Policía atribuyen a una persona responsabilidad de un hecho punible. Su función principal es la recolección de antecedentes probatorios que permitan fundamentar la formulación de la acusación en contra de una persona por un delito determinado. Esta etapa carece, salvo excepciones muy estrictas, de todo valor probatorio y las

23 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 7ª edición, Sesator, Lima, 1982, p. 104.

24 *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano*. Fiscalía General de la Nación. Bogotá, 2006. p. 37.

25 *Ibidem*, p. 83.

actuaciones de investigación son controladas por un órgano jurisdiccional: el juez de garantía²⁶.

Como se apreciará de ambos modelos, el sistema peruano recoge la denominación de la investigación preparatoria del modelo chileno, pero pareciera que la estructura en las dos etapas de investigación del modelo colombiano, como lo analizaremos en el siguiente punto.

2. En el proceso penal peruano

La estructura del nuevo sistema procesal penal alude a tres etapas definidas: investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juzgamiento.

La primera de ellas ha motivado que la Corte Suprema de Justicia de la República se haya pronunciado en la Casación N° 02-2008-La Libertad, distinguiendo sus dos subetapas: las diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha, ambas con finalidades y controles judiciales distintos.

Para el tema tratado, se examinarán las diligencias preliminares²⁷. A tenor de lo dispuesto en los artículos 329 y 330 del NCPP, estas se inician cuando se tiene conocimiento del hecho delictuoso; en ella se realizan inmediatamente los actos urgentes o inaplazables para determinar: i) si el hecho ha tenido lugar y su delictuosidad; ii) asegurar los elementos materiales de su comisión; iii) individualizar a las personas involucradas en su comisión; y iv) individualizar a los agraviados. Es en las diligencias preliminares que debemos determinar cuándo nace la imputación penal; porque es evidente que si se formaliza la investigación preparatoria, se cuenta ya con la imputación penal atribuida al agente individualizado²⁸.

La denuncia, con la que se inician las diligencias preliminares, es la manifestación (verbal o escrita) de un hecho que puede configurar delito, no siempre la formula el propio agraviado del hecho, sino que la ley también ha facultado y obligado a otros sujetos distintos de aquel. Esta

26 HORVITZ LENNON, María Inés / LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., pp. 443 y 444.

27 Como se determinará, las diligencias preliminares comparten la finalidad de la etapa del proceso colombiano conocida como la indagación.

28 Artículo 336.2 del NCPP. "Formalización y continuación de la investigación preparatoria.- 1. Si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria (...)"



noticia criminal debe ser investigada por el fiscal –con el concurso de la Policía– para determinar si es una conducta humana de relevancia penal exteriorizada en el mundo real que ha lesionado intereses jurídicos²⁹; además, debe recabar los elementos materiales que evidencien si es verdad o no la afirmación que de la realidad de un determinado hecho se hace³⁰. En esos dos tramos –la denuncia y el aseguramiento de evidencias– no siempre surge una imputación penal o existe un imputado de delito. Analicemos los actos del registro personal y la pesquisa para comprender la propuesta planteada.

- a) El registro personal³¹ de un intervenido es facultad de la Policía. Por la propia naturaleza de este acto de intervención es inmediato e inaplazable, porque existe la presunción de que el intervenido oculta en su cuerpo o ámbito personal bienes relacionados con el delito, de los cuales se pueden desprender o esconder.
- b) La labor de pesquisa del Policía, en que comprueba el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales del delito que hubiere, de utilidad para la investigación.

En ambos casos se están realizando actos de investigación de un hecho aparentemente delictuoso que no suponen siempre el nacimiento de la imputación penal. Ejemplo de ello es el caso del sujeto a quien la Policía está practicando el registro personal, porque era la única persona que se encontró en los alrededores de la escena del crimen; no obstante, ese registro no lo convierte en el imputado del delito.

Ahora bien, supongamos que en un control preventivo policial de carreteras la Policía interviene a un vehículo en el que se encuentra un paquete sospechoso. La Policía tiene el control del orden interno y la seguridad, por tal razón se encuentra en la obligación de prevenir la comisión de cualquier delito³². Supongamos que ese paquete contenga

29 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal*. Parte general. Rodhas, Lima, 2007, p. 194.

30 CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 79.

31 Registrar es tantear, palpar, cachear, auscultar o revisar superficialmente al individuo incluyendo su indumentaria, véase *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio colombiano*, p. 65.

32 “La seguridad ciudadana no debe ser observada como un derecho fundamental, sino como un bien jurídico protegido, habida cuenta que hace referencia a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, mediante la elaboración y



una sustancia compacta de color pardusca, pero que no es compatible con el alcaloide de cocaína, sino con yeso o cal. El hecho de portar yeso o cal no convierte a su poseedor en imputado del delito de tráfico ilícito de droga.

Con estos ejemplos queremos graficar que la imputación nace cuando el Estado –a través de sus órganos persecutores del delito– tiene los elementos materiales de que el hecho tiene características de delito y, como tal, puede atribuirse a una persona³³.

En tal sentido, Taboada Pilco señala: “Basta la imputación de un presunto delito por parte del Ministerio Público o la Policía, para que un ciudadano ipso jure adquiera la calidad de imputado y sea beneficiario de toda una gama de derechos y garantías procesales tendientes a asegurar el respeto de su dignidad, como persona humana en la persecución estatal del delito”³⁴.

Retornemos a los ejemplos anteriores, y situémonos en la persona a quien la Policía intervino por encontrarse en las cercanías de la escena del delito y, luego de practicarle el registro de sus pertenencias, encuentra el arma homicida; es desde ese momento que surge la imputación de que esa persona es el presunto autor del crimen. O, en el otro caso, imaginemos que esa sustancia pardusca se somete al reactivo químico respectivo que arroja presuntivamente positivo para alcaloide de cocaína: desde ese momento se imputa a su poseedor la presunta comisión del delito de tráfico de drogas. “Imputado” –en palabras de Carnelutti– vendría a ser “la persona a cargo de la cual se forma la sospecha del delito”³⁵.

“En los actos de entrevista única de menor (declaración) y reconocimiento fotográfico no es exigible la presencia del abogado defensor, porque la imputación penal aún no se dirige contra una persona individualizada”.

ejecución de medidas vinculadas al denominado poder de Policía. La seguridad ciudadana consolida una situación de convivencia con normalidad, vale decir, preservando cualquier situación de peligro o amenaza para los derechos y bienes esenciales para la vida comunitaria” (STC Exp. N° 2876-2005-PHC/TC).

- 33 En Colombia existen pronunciamientos de la Corte Constitucional que coinciden en reconocer al investigado o indiciado como imputado.
- 34 TABOADA PILCO, Giampol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código Procesal Penal*. Tomo 1, Reforma, Lima, 2010, p. 299.
- 35 FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda. Ob. cit., p. 29.

No es suficiente que el hecho sea delito, sino que, además, se debe haber individualizado a su “agente” para imputar penalmente una conducta. Por individualización podemos entender su identificación, la que debe estar unida a la comprobación de que existe esa persona y su vinculación con el delito. Ejemplos de problemas de individualización son los casos de indocumentados, identidades falsas, identidades dobles, etc.³⁶.

Sobre el alcance de tales conceptos, citamos a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia que ha precisado³⁷:

“La identificación de alguna manera está asociada a la idea de documentos oficiales, pero trasciende a otros aspectos. Se enmarca en el campo de la antropología cultural y en la vida de relación. Alude a todos los datos que han sido asignados a una persona para su realización dentro de la sociedad, por razón de su origen, sea por el lugar de nacimiento o los que nacen en el núcleo familiar, como los que se refieren a sus nombres y apellidos, a sus vínculos de consanguinidad o afinidad; luego a los documentos que lo identifican en los actos de su vida pública o privada y en los registros oficiales como son la cédula de ciudadanía, la libreta militar, un carné de vinculación al servicio público, los certificados sobre antecedentes penales, policiales, disciplinarios, etc. Es decir, la identificación comprende todos aquellos datos que otorgan a una persona un sitio jurídico dentro de la organización social.

En el marco de la normativa procesal penal, la palabra individualización corresponde a la operación a través de la cual se especifica o determina a una persona, por sus rasgos particulares que permiten distinguida de todas las demás. Alude a las personas como fenómeno natural, a las características personalísimas de un ser humano, que lo hacen único e inconfundible frente a todos los demás pertenecientes a su misma especie. En este sentido, la individualización es un concepto interesante a la antropología física, a la morfología”.

36 Se ha notado, por ejemplo, en la fronteriza provincia de Mariscal Ramón Castilla - Caballococha (departamento de Loreto), que existen personas que cuentan con doble o triple nacionalidad colombiana, brasileña y peruana que les facilita la comisión de delitos relacionados al tráfico ilícito de drogas. Asimismo, algunos integrantes de bandas criminales organizadas de Trujillo (departamento de La Libertad) no cuentan con documento de identidad para facilitar la comisión de robos o extorsiones.

37 Sentencia del 13 de febrero de 2003, Radicado 11.412; véase GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio Luis. *Los actos de investigación en el proceso penal acusatorio*. Leyer, Bogotá, p. 993.

Un mecanismo procesal que ha previsto la norma para la debida individualización, cuando se desconoce la identidad del agente del delito o existen dudas al respecto, es el reconocimiento fotográfico. Esta diligencia tiene como finalidad identificar a la persona del imputado, o sea a aquel contra quien se dirige algún cargo delictivo por parte de quienes lo inculpan, siempre y cuando se estime que hay dudas sobre la exacta identidad del imputado³⁸.

En suma, puede señalarse que la imputación nace cuando el fiscal está en la posibilidad de atribuir un hecho penal a un sujeto individualizado.

V. EL ACTA DE ENTREVISTA ÚNICA DE MENOR (DECLARACIÓN)

El testimonio es la declaración que una persona física presta en el curso del proceso penal, acerca de lo que conoce por medio de la percepción, con relación a los hechos investigados, para contribuir a la reconstrucción conceptual de estos³⁹. El NCPP acertadamente considera que el medio de prueba mediante el cual el agraviado del delito interviene en el proceso es su declaración testimonial (artículo 96).

Sin embargo, se debe tener cuidado cuando el testigo es agraviado del delito de libertad sexual, pues como bien apunta Peña Cabrera Freyre: “La víctima es quien sufre en carne propia los embates de la conducta criminal”⁴⁰, más aún cuando es un menor de edad porque se afecta el desarrollo de su personalidad y se produce en él alteraciones importantes que inciden en su vida o equilibrio psíquico futuro⁴¹.

La política criminal⁴² del Estado peruano⁴³ ha obligado a reformular sus estrategias, a través de mecanismos de sanción más efectivos y oportunos

38 CLIMENT DURÁN, Carlos. Ob. cit., p. 2079.

39 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra, Lima, 2009, p. 283.

40 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la libertad sexual e intangibilidad sexual*. Idemsa, Lima, 2007, p. 59.

41 *Ibidem*, p. 181.

42 “La política criminal es el conjunto sistemático de principios, garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, con arreglo a los cuales debe conducir el Estado la lucha contra el delito, por medio de la pena y de instituciones similares a ella” (PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal*. Parte general. Ob. cit., p. 38.

43 Artículo 44 de la Constitución Política del Estado.- “Son deberes primordiales del Estado: (...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.



de los delitos sexuales contra menores⁴⁴; esto en razón de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (instrumento jurídico que forma parte del Derecho nacional)⁴⁵, que implica su adhesión a la preocupación por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la violencia sexual en agravio de los niños, así como que los intereses del niño deben ser considerados, en primer lugar, en todas las decisiones que los afecten.

En ese orden de ideas, una posición de política criminal debe llevar a las agencias de control estatal –en especial el Ministerio Público y el Poder Judicial– a ser conscientes del enorme daño que se causa al niño en los delitos sexuales. La severidad de las penas previstas en los delitos sexuales evidencia que el legislador penal ha privilegiado la eficacia de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad.

Con el Código de Procedimientos Penales, el menor, víctima o testigo, era entrevistado entre tres y cuatro veces sobre el tema en la sede policial, por el fiscal, por el experto forense, y en el juicio, sufriendo un fuerte impacto en todo el proceso. Por ello, la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 589-2009-FN-MP, que aprobó la “Guía de Procedimiento para la Entrevista de Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de abuso sexual, explotación sexual y trata con fines de explotación sexual”, estableció que la declaración del menor por delito de violación sexual se realice en “entrevista única”, con presencia del fiscal de Familia, psicólogo forense, padres del menor, abogado del menor o de oficio, y abogado defensor del imputado; para que sea valorada como prueba preconstituida por el tribunal del juicio oral.

El NCPP soluciona esa deficiencia del código anterior e instituye la posibilidad de que el menor agraviado declare anticipadamente (artículo 242.1), para que sea un acto de prueba y no solamente un acto de investigación como lo es el acta de entrevista única.

Pero las interrogantes no surgen, porque el acta de entrevista única sea eficaz o no, su cuestionamiento radica en que limita la acción persecutora del fiscal. Por ejemplo: en la mayoría de las denuncias por delito sexual, un familiar o vecino acompaña a la víctima menor a la Fiscalía para que se le reciba la denuncia del hecho; el fiscal de Familia inmediatamente da cuenta de ello al Fiscal Penal para que este requiera la detención del agresor. El acta de entrevista reglamentariamente obliga a que se lleve a cabo con presencia del imputado y su abogado defensor o defensor público.

44 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., p. 242.

45 STC Exp. 00114-2009-PHC/TC.



En la actualidad viene sucediendo en ciertos distritos judiciales –como Arequipa–, que las actas de entrevistas no se realizan inmediatamente de denunciado el hecho, porque –a decir de los fiscales– previamente deben citar al abogado defensor, poniendo en conocimiento de la denuncia al imputado, o citar al defensor público para que concurran ante la inasistencia del abogado defensor, es decir, existe un periodo de tiempo perjudicial para las investigaciones⁴⁶.

“Será cuando la Fiscalía o Policía identifique al sindicado en la entrevista o en el reconocimiento, que el fiscal dirigirá la persecución penal contra esa persona -convertida ya en imputado y su abogado defensor podrá ejercer su derecho a contradecir en lo sucesivo”.

Aplicando la experiencia, si el fiscal pone en conocimiento del imputado que existe una denuncia en su contra por delito sexual, este hará lo materialmente posible para que el menor –si es su familiar cercano– varíe o se desista de ella; es, por eso, que el fiscal está obligado a actuar en el plazo más breve para asegurar todas las evidencias del delito y que el imputado no rehuya a la persecución, antes de incoarle la imputación. La norma procesal penal advirtió eso y abrió la posibilidad de que la prueba anticipada sea el mecanismo mediante el cual se asegure inmediatamente la prueba. Así, en el distrito judicial de Moquegua, el juez de la investigación preparatoria recibe la declaración del menor, luego de que el fiscal ha asegurado las evidencias del caso.

Pero el problema planteado preocupa más con lo que sucede en la Corte de Cañete. Por ejemplo: en un primer momento, el Fiscal de Familia recibe la declaración de la menor (en acta de entrevista única). A partir de ese acto, el fiscal penal tiene conocimiento de la identidad del agresor y requiere la medida de detención correspondiente, porque nació la imputación.

Sin embargo, desafortunadamente, la Sala Penal de Apelaciones considera que, en esa declaración, debió estar presente el abogado del imputado, y que si no se conocía el nombre de este, debió citarse al defensor público, porque este garantiza la legalidad de dicha diligencia y permite el ejercicio de la contradicción, en desmedro del rol del fiscal.

46 En el Exp. N° 2009-4365-25-040 I-JR-PE-I, consta que la violación ocurrió el 16 de octubre de 2009, ese mismo día el Juzgado de Investigación de Hunter, distrito judicial de Arequipa, dictó la detención preliminar contra el imputado sin contar con la declaración del menor agraviado. El 17 de octubre de 2009, al día siguiente, se recibió la declaración del menor en un acta de entrevista única.

Esto significa que, para los jueces de Cañete, dicha diligencia es nula, pues aun cuando no se conozca la identidad del imputado, debe contarse con un abogado que presencie los actos del fiscal. Lamentablemente, con esta interpretación sesgada del texto de la ley, la víctima es “revictimizada” y debe declarar nuevamente, con el riesgo de alterar su inicial declaración.

VI. EL RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO DE PERSONAS

Para explicar el acto de reconocimiento fotográfico, debemos tener en cuenta que la base legal se encuentra descrita en el artículo 189 del NCPP, en su numerales 1, 2 Y 3, que señalan: “Cuando fuere necesario individualizar a una persona se ordenará su reconocimiento (...) Cuando el imputado no pudiere ser traído, se podrá utilizar su fotografía u otros registros (...). Durante la investigación preparatoria deberá presenciar el acto el defensor del imputado o, en su defecto, el juez de la investigación preparatoria (...)”.

El reconocimiento fotográfico es un acto de investigación que tiene como única finalidad individualizar a un sujeto. El Manual de Procedimientos de Fiscalía General de la Nación de Colombia lo define como el acto que procede cuando no existe indiciado (imputado) o persona relacionada con el delito⁴⁷. Lamentablemente, la redacción del artículo 189 del Código peruano permite interpretaciones que desnaturalizan este acto.

En mi experiencia personal como fiscal, requería los dos Juzgados de Investigación Preparatoria de Mariscal Nieto (Moquegua) que presencien los actos de reconocimientos fotográficos al amparo del artículo 189.3 del NCPP⁴⁸. Ambos jueces coincidentemente denegaron el pedido alcanzando los siguientes conceptos⁴⁹:

“El referido acto tiene como finalidad individualizar al presunto responsable de un hecho delictivo, cuando concurren tres supuestos⁵⁰: a) cuando sea dudosa la identidad física de la persona; b) cuando haya dudas acerca de la identificación normal de una persona; y c) cuando resulta necesario verificar si el que dice conocer o haber

47 *Manual de procedimientos de fiscalía en el sistema penal acusatorio colombiano*. Ob. cit., p. 70.

48 El requerimiento fiscal se hizo luego de que el juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal resolviera declarar que el reconocimiento fotográfico del Exp. N° 0021 5-2009-92-280 I-JR-PE-OI era prueba ilícita por no haber sido presenciado por el abogado defensor o el juez de la investigación preparatoria.

49 Exps. N°s 00192-2010-51-2801-JR-PE-01 y 00297-2010-91-2801-JR-PE-02.

50 Cafferata Nores, citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 380.



visto, la conoce o la ha visto. Esta diligencia es propia de la investigación preparatoria, que tiene que ser, como señala César San Martín Castro, ratificada de alguna forma en el juicio oral, no considerándose prueba de cargo si el identificador no acude al acto de juicio para declarar como testigo y ratificarse en la identificación⁵¹. La diligencia por fotografías se producirá, entonces, cuando no se tiene a la vista al presunto agente. Esta modalidad sustitutiva de reconocimiento, practicada ante la ausencia de la persona objeto de la diligencia y siempre que se tenga fotografía de él, puede considerarse como una técnica habitual y elemental que responde a la necesidad de la investigación que impone como punto de partida una posterior identificación por medio del reconocimiento en rueda posterior. La operación confrontativa se cumplirá presentando al testigo una o más fotografías de quien deba ser identificado, acompañadas de otras semejantes pero de distintas personas; ante ellas, expresará si se encuentra la imagen de la primera, y en caso afirmativo indicará cuál es, de manera clara y determinada⁵².

Gracias a la experiencia laboral, he observado que existen diversas modalidades de practicar el acto de reconocimiento fotográfico, o como cita la Academia de la Magistratura: “No hay reglas claras sobre el procedimiento que debe seguirse para realizar un reconocimiento confiable⁵³. Así, por ejemplo, se suele emplear el álbum fotográfico de personas inculadas de la Policía, fichas del Reniec, etc.

En cualquier caso, al realizar el reconocimiento, debe contarse con datos mínimos que permitan la identificación de la persona, como color de su piel, estilo de cabello, forma de los ojos, cejas, nariz, labios, barbilla, etc., y si es posible previamente su identikit⁵⁴. El *Manual de Identificación* de la extinta Policía de Investigaciones del Perú reza que el reconocimiento por fotografía

51 Ídem.

52 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 381.

53 Programa de Actualización y Perfeccionamiento. XVII Convocatoria de Cursos a Distancia para Magistrados. Derecho Probatorio. Academia de la Magistratura. Lima, 2009, p. 45.

54 “El sistema identikit o de identificación visual es un valioso medio auxiliar de identificación personal. El identikit tiene por objeto conformar un dibujo frontal del rostro de una persona, mediante el empleo de placas transparentes de que consta el equipo utilizado para ello. Estos dibujos compuestos o ‘fotos robots’ pueden obtenerse a través de la descripción verbal de un testigo, sin el uso de máquina fotográfica y sin la ayuda de un dibujante”. *Manual de identificación PIP*. Policía de Investigaciones del Perú. Lima, 1983, pp. 234 y 235.

ha constituido siempre un magnífico medio de identificación, por recoger la descripción del rostro humano con todas las características necesarias⁵⁵.

VII. SOLUCIÓN AL CASO PLANTEADO: LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN NO SON DE CONTRADICCIÓN

Conforme lo señala Cubas Villanueva, la investigación preparatoria tiene como finalidad recabar actos de aportación fáctica para preparar el juicio oral, mediante la comprobación o investigación de la *notitia criminis* que determine el hecho punible y su presunto autor. En otras palabras, en esta etapa se llevan a cabo los actos de investigación para confirmar la realización del delito y la intervención de la persona inculpada.

Durante el juicio oral se desarrollan los llamados actos de prueba (verdadera prueba), pues es ahí donde existe la posibilidad de contradecirla y controlarla⁵⁶. El artículo 356.1 del NCPP señala que “el juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediatez y la contradicción en la actuación probatoria. (...)”; dejando así zanjado el problema que ocasionaba el artículo 72 del Código de Procedimientos Penales, que consideraba prueba también a las actuaciones preliminares o instructivas.

Las diferencias entre los actos de investigación y de prueba han sido establecidas por San Martín Castro⁵⁷:

- a) El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación. El acto de investigación se refiere a una hipótesis y persigue alcanzar el conocimiento de los hechos.
- b) La eficacia jurídica del acto de investigación consiste en proveer el fundamento para que se dicten resoluciones de imputación, de medidas limitativas de derechos y autos de sobreseimiento y de enjuiciamiento. La eficacia del acto de prueba, por el contrario, es la de servir de fundamento a la sentencia, que el órgano jurisdiccional debe dictar.
- c) En los actos de prueba, la contradicción es plena. Los actos de investigación no requieren necesariamente la participación de las partes.

55 *Ibidem*, p. 12.

56 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 265.

57 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Programa de Actualización y Perfeccionamiento*. XVII Convocatoria de Cursos a Distancia para Magistrados. Derecho Probatorio. Academia de la Magistratura. Lima, 2009, pp. 42 y 43.



Las decisiones de los jueces en comento (vide *supra*) obligan a reforzar el concepto de que los únicos actos del proceso penal que autorizan a fundar una sentencia penal –condenando o absolviendo– son los actuados en juicio oral, no los llevados por el fiscal en su investigación, como son las actas de entrevista única o los reconocimientos fotográficos de personas.

Tan es así que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que los actos de investigación no reúnen esa especial característica que los hacen diferentes a los actos de prueba: la contradicción (v. gr. STC Exp. W 8811-2005-PHC/TC-Lima, f. j. 2, y N° 8319-2006-PHC/TC-Lima, f. j. 3).

“El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba” (STC Exp. N° 8811-2005-PHC/TC-Lima).

“La etapa preliminar no está signada por el principio de contradicción, por lo que la comparecencia o no de los investigados no afecta necesariamente el derecho de defensa” (STC Exp. N° 8319-2006-PHC/TC-Lima).

Esta posición ha sido compartida acertadamente por la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, al considerar que:

“Sobre ello es de precisar que la prueba a valorar es la actuada en juicio oral, no así las preliminares actuaciones producidas para el conocimiento del hecho a investigar; es de recordar en ese sentido el artículo IV.3 del Título Preliminar del Código Procesal Penal que señala que los actos de investigación practicados por el Ministerio Público o por la Policía no tienen carácter jurisdiccional; por lo mismo, la manera en que se presentó la denuncia no tiene otra relevancia que la de conocer cómo es que la autoridad asumió competencia de la misma. Por lo demás, es de recordar también que la verosimilitud o credibilidad de la incriminación en base a la declaración de un testigo, corroborada con prueba indiciaria, documental y material (actuada en el presente caso) es producto del contradictorio llevado a cabo en el juzgamiento, lo que en el caso de autos se ha producido suficientemente”⁵⁸ (las cursivas son nuestras).

58 Exp. N° 0090-2009-59-2801-JR-PE-01, Secuencial Sala N° 56-2010-59, sentencia de vista, resolución N° 18, del 30 abril de 2010.



¿Por qué se alude al tema de la contradicción en el ítem de los actos de investigación?, porque ambas resoluciones judiciales, la de Cañete y Moquegua, fundamentan sus decisiones en que se requería la presencia del abogado defensor del imputado o, en su defecto, del defensor público para garantizar el derecho de contradicción (defensa) en la entrevista única y en el reconocimiento fotográfico. La inferencia lógica, por lo tanto, que emplean los jueces es la siguiente:

- *Premisa normativa*: El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento (artículo IX.1 del NCPP)
- *Premisa fáctica*: El acto de entrevista única y reconocimiento fotográfico es un acto de la subetapa de las diligencias preliminares (investigación preparatoria).
- *Conclusión*: En el acta de entrevista única y en el acto de reconocimiento fotográfico deben garantizarse el derecho de defensa del imputado.

Consideramos que tal planteamiento es errado, no solamente porque no son actos de contradicción, sino porque el derecho de defensa es posterior a la individualización del imputado, o como lo plantea la doctrina colombiana: “El derecho a la defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso”⁵⁹.

Para una mejor explicación se expondrán dos ejemplos: “Ante la perpetración de un crimen, la Policía solicita a los testigos del crimen reconozcan a su autor en el álbum fotográfico. Hasta ese momento, la Policía no tiene conocimiento de la identidad del agente del delito, se encuentra averiguándola. Bajo la tesis del juez del juzgamiento, en esa diligencia de reconocimiento debería asistir “el abogado defensor”. Pero ¿cuál abogado, si el abogado defensor solo concurrirá cuando haya un imputado.

Retornemos al ejemplo. En el álbum fotográfico se cuenta con el archivo de 50 sospechosos de antecedentes por homicidio, el testigo no logra reconocer a ninguno de ellos. La interrogante que formulamos es: ¿deberían presenciar el acto los 50 abogados de los 50 sospechosos?⁶⁰.

59 GONZÁLEZ NAVARRO, Antonio. Ob. cit., p. 964.

60 En este punto, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, en la Resolución N° 02 del Exp. N° 00083-2010-77-2801-PE-01, Secuencial Sala N° 75-2010-77, ya se había pronunciado sobre la finalidad del reconocimiento fotográfico bajo el siguiente considerando: “Quinto: (...)el hecho que el reconocimiento fotográfico se realizara sin la presencia del abogado del imputado se explica por la urgencia de la



En el caso de la violación de un menor de edad, el agraviado es llevado a la Fiscalía de Familia para que declare, pero, por diversas circunstancias, no logra aún identificar a su agresor. De acuerdo a la Sala, ¿debería haber presenciado el acto el abogado del imputado? ¿Cuál imputado? ¿El no identificado?

VIII. CONCLUSIONES

En los actos de entrevista única de menor (declaración) y reconocimiento fotográfico no es exigible la presencia del abogado defensor, porque la imputación penal aún no se dirige contra una persona individualizada.

Será en el momento en que la Fiscalía o Policía identifique al sindicado en la entrevista o en el reconocimiento, que el fiscal dirigirá la persecución penal contra esa persona –convertida ya en imputado– y su abogado defensor podrá ejercer su derecho a contradecir en lo sucesivo.

Considerar, de otro lado, que el fiscal es un mero acusador y, por ende, es necesario que concurra el defensor público o de oficio a las mencionadas diligencias para afirmar la legalidad del acto, es erróneo pues, aparte de los argumentos ya expuestos, que el derecho a la defensa se ejerce con el abogado de libre elección y, en lugar de este, recién ingresa el defensor estatal, no viceversa⁶¹.

Desde este artículo, se espera que no sea demasiado tarde para virar las malas prácticas en la aplicación del NCPP.

diligencia, que era necesaria para la rápida e inmediata identificación del autor de los hechos, teniendo su amparo legal en lo previsto por el artículo 68.1 letra e) del Código Procesal Penal”.

61 **Artículo IX del NCPP:** “1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto (...) a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio (...)”.

Artículo 25 del Código Procesal Constitucional: “Procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual: (...) 12. El derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que se es citado o detenido por la autoridad policial u otra, sin excepción (...)”.



SUBCAPÍTULO II
LA INSPECCIÓN JUDICIAL Y LA RECONSTRUCCIÓN

Artículo 192. Objeto

1. *Las diligencias de inspección judicial y reconstrucción son ordenadas por el Juez, o por el Fiscal durante la investigación preparatoria.*
2. *La inspección tiene por objeto comprobar las huellas y otros efectos materiales que el delito haya dejado en los lugares y cosas o en las personas.*
3. *La reconstrucción del hecho tiene por finalidad verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas. No se obligará al imputado a intervenir en el acto, que deberá practicarse con la mayor reserva posible.*

Artículo 193. Adecuación

La inspección, en cuanto al tiempo, modo y forma, se adecua a la naturaleza del hecho investigado y a las circunstancias en que ocurrió.

La inspección se realizará de manera minuciosa, comprendiendo la escena de los hechos y todo lo que pueda constituir prueba material de delito.

Artículo 194. Participación de testigos y peritos

1. *Ambas diligencias deben realizarse, de preferencia, con la participación de testigos y peritos.*
2. *Asimismo, se dispondrá que se levanten planos o croquis del lugar y se tome fotografías, grabaciones o películas de las personas o cosas que interesen a la causa.*
3. *En los delitos contra la libertad sexual no se exigirá la concurrencia de los agraviados menores de edad, o de las víctimas que pueden ser afectadas psicológicamente con su participación.*

SUBCAPÍTULO III
LAS PRUEBAS ESPECIALES

Artículo 195. Levantamiento de cadáver

1. *Cuando se trate de una muerte sospechosa de haber sido causada por un hecho punible, se procederá al levantamiento del cadáver, de ser posible, con participación de personal policial especializado en criminalística, haciendo constar en acta.*
2. *El levantamiento de cadáver lo realizará el Fiscal, con la intervención, de ser posible, del médico legista y del personal policial especializado en criminalística. Por razones de índole geográfica podrá prescindirse de la participación de personal policial especia-*

lizado en criminalística. El Fiscal, según las circunstancias del caso, podrá delegar la realización de la diligencia en su adjunto, o en la policía, o en el juez de paz.

En zonas declaradas en estado de emergencia, cuando existan dificultades que impidan la presencia inmediata del Fiscal, el personal de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú procederá al acto del levantamiento de cadáver de los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú y de personas civiles, previo conocimiento del Ministerio Público. Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando las condiciones de la zona o el contexto en el que se desenvuelve el operativo imposibiliten materialmente la comunicación previa al representante del Ministerio Público.

En todos estos supuestos, se dejará constancia de dicha diligencia y se dará cuenta al representante del Ministerio Público dentro de las veinticuatro (24) horas más el término de la distancia, de ser el caso; asimismo, se debe efectuar la entrega del cadáver en forma inmediata, bajo responsabilidad.

- 3. La identificación, ya sea antes de la inhumación o después de la exhumación, tendrá lugar mediante la descripción externa, la documentación que porte el sujeto, la huella dactiloscópica o palmoscópica, o por cualquier otro medio”.*

() Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley N° 29986, publicada el 18-01-2013.*

CONCORDANCIA: R. N° 129-2007-MP-FN (Manual de Procedimientos de la Diligencia de Levantamiento de Cadáver y el Manual de Procedimientos Tanatológicos Forenses y Servicios Complementarios)

Artículo 196. Necropsia

- 1. Cuando sea probable que se trate de un caso de criminalidad se practicará la necropsia para determinar la causa de la muerte.*
- 2. En caso de muerte producida por accidente en un medio de transporte, o como resultado de un desastre natural, en que las causas de la misma sea consecuencia directa de estos hechos, no será exigible la necropsia sin perjuicio de la identificación del cadáver antes de la entrega a sus familiares. En todo caso, es obligatoria la necropsia al cadáver de quien tenía a cargo la conducción del medio de transporte siniestrado. En los demás casos se practica a solicitud de parte o de sus familiares.*
- 3. La necropsia será practicada por peritos. El Fiscal decidirá si él o su adjunto deban presenciara. Al acto pueden asistir los abogados de los demás sujetos procesales e incluso acreditar peritos de parte.*



Artículo 197. Embalsamamiento de cadáver

Cuando se trate de homicidio doloso o muerte sospechosa de criminalidad, el Fiscal, previo informe médico, puede autorizar o disponer el embalsamamiento a cargo de profesional competente, cuando lo estime pertinente para los fines del proceso. En ese mismo supuesto la incineración sólo podrá ser autorizada por el Juez después de expedida sentencia firme.

Artículo 198. Examen de vísceras y materias sospechosas

1. *Si existen indicios de envenenamiento, el perito examinará las vísceras y las materias sospechosas que se encuentran en el cadáver o en otra parte y las remitirá en envases aparentes, cerrados y lacrados, al laboratorio especializado correspondiente.*
2. *Las materias objeto de las pericias se conservarán si fuese posible, para ser presentadas en el debate oral.*

Artículo 199. Examen de lesiones y de agresión sexual

1. *En caso de lesiones corporales se exigirá que el perito determine el arma o instrumento que la haya ocasionado, y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro, puesto en peligro la vida, causado enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano y, en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito.*
2. *En caso de agresión sexual, el examen médico será practicado exclusivamente por el médico encargado del servicio con la asistencia, si fuera necesario de un profesional auxiliar. Sólo se permitirá la presencia de otras personas previo consentimiento de la persona examinada.*

Artículo 200. Examen en caso de aborto

En caso de aborto, se hará comprobar la preexistencia del embarazo, los signos demostrativos de la interrupción del mismo, las causas que lo determinaron, los probables autores y las circunstancias que sirvan para la determinación del carácter y gravedad del hecho.

Artículo 201. Preexistencia y Valorización

1. *En los delitos contra el patrimonio deberá acreditarse la preexistencia de la cosa materia del delito, con cualquier medio de prueba idóneo.*
2. *La valorización de las cosas o bienes o la determinación del importe del perjuicio o daños sufridos, cuando corresponda, se hará pericialmente, salvo que no resulte necesario hacerlo por existir otro medio de prueba idóneo o sea posible una estimación judicial por su simplicidad o evidencia.*



**TÍTULO III
LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS**

**CAPÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES**

Artículo 202. Legalidad procesal

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.

Artículo 203. Presupuestos

- 1. Las medidas que disponga la autoridad, en los supuestos indicados en el artículo anterior, deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el Juez de la Investigación Preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.*
- 2. Los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El Juez de la Investigación Preliminar, salvo norma específica, decidirá inmediatamente, sin trámite alguno. Si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el Juez de la Investigación Preliminar deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización de una audiencia con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.*
- 3. Cuando la Policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la Policía o la Fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de una audiencia con intervención del Fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile.*
- 4. Respecto de la realización de la audiencia, rige en lo pertinente el artículo 8.*



Artículo 204. Impugnación

1. *Contra el auto dictado por el Juez de la Investigación Preparatoria en los supuestos previstos en el artículo anterior, el Fiscal o el afectado pueden interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de ejecutada la medida. La Sala Penal Superior absolverá el grado, previa audiencia, con intervención de los sujetos procesales legitimados.*
2. *El afectado también puede solicitar el reexamen de la medida ante el Juez de la Investigación Preparatoria si nuevas circunstancias establecen la necesidad de un cambio de la misma. El Juez, discrecionalmente, decidirá si la decisión la adopta previo traslado a los demás sujetos procesales o mediante una audiencia que señalará al efecto. Contra el auto que resuelve la solicitud de reexamen procede recurso de apelación, según el trámite previsto en el numeral anterior.*
3. *Contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior dictados en primera instancia sólo procede recurso de reposición.*

COMENTARIO:

BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS*

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

1. PRECEPTOS GENERALES EN LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad, como límite a la restricción de derechos, está establecido en el artículo 202. Es la delimitación de las atribuciones de cada uno de las instituciones u organismos públicos; por lo tanto, en el derecho procesal penal, es la garantía en la incorporación de pruebas que permite la vigencia del estado de derecho, limitando el control punitivo del Estado. La aplicación de la legalidad es absolutamente predicable en el proceso penal, sin ella dentro del proceso se produci-

* *Tomado del artículo:* estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Penal.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del estudio Larrieu & Larrieu Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura.



ría una serie de arbitrariedades. Miranda Estrampes, frente a aquellas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que limitan la inadmisibilidad o exclusión de la prueba ilícita a la obtención por autoridades o funcionarios públicos, pero no cuando se trata de particulares, opina que “su tratamiento debe ser el mismo con independencia de quién o quiénes llevan a cabo esta labor de búsqueda y obtención de fuentes de prueba (...) así lo reconoce expresamente la (...) jurisprudencia S.T.C. español 114/ 1984, de 29 de noviembre, al proclamar la [nulidad radical de todo acto público o, en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución”¹. Por lo tanto, también se debe regular la incorporación de fuentes, que se incorporen en la investigación preparatoria, con excepción de lo establecido en el artículo VIII.3 del T.P.

1.2. El principio de proporcionalidad

Este principio está regulado en el artículo 203.1. Su eficacia se evidencia cuando en la aplicación e intensidad de las medidas que restrinjan derechos fundamentales, estos guardan relación con la gravedad del delito investigado, ya que toda medida de excepción debe ser proporcional a la situación que se quiere afrontar. En lo que respecta a la gravedad del ámbito de aplicación, debe responder a la magnitud y características del fenómeno al que se quiere hacer frente, para limitar el peligro que se presenta para la sociedad y el Estado². El Tribunal Constitucional establece el valor de los límites de razonabilidad y proporcionalidad, de la siguiente manera: “los principios de razonabilidad, y proporcionalidad, previstos en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales (Exp. N° 4677-2004-AA, 7/12/05, S1, fj. 26)”³.

-
- 1 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Edit. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 27 y 28.
 - 2 Gaceta Jurídica. *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Sentencia vinculadas con artículos de la Constitución*, Director Manuel Muro Rojo, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pág. 29: los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de varios bienes jurídicos constitucionales (Exp. N° 2496-2005-HC, 17/05/05, S1, PV, Fj. 5).
 - 3 Ídem.

1.3. Principio de motivación

Este principio está reconocido en la Constitución en el artículo 139 inciso 5, para evitar la arbitrariedad en la emisión de resoluciones. Se refiere a la motivación necesaria del Ministerio Público y del Juez de la investigación preliminar (artículo 203.2). En la motivación lo determinante debe ser la demostración del vínculo existente entre el hecho y el derecho vulnerado.

1.4. Impugnación

Son impugnables los autos que dispongan estas medidas en el término de tres días desde la ejecución de la medida. La Sala Penal Superior absuelve el grado previa audiencia. (artículo 204.1).

La resolución de la audiencia es inimpugnable. En la audiencia debe participar el Fiscal y el afectado.

Se realiza el reexamen, cuando el imputado lo solicita al Juez, en vista de nuevas circunstancias que fundamenten un cambio, este pedido se resuelve mediante una audiencia según lo disponga el Juez. Procede apelación contra el auto que resuelve la solicitud de reexamen (204.2). Contra los autos expedidos por la Sala Penal Superior dictadas en primera instancia solo procede el recurso de reposición (204.3).

2. EL CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL

La Policía puede pedir, dentro del marco de sus funciones⁴, la identificación de cualquier persona⁵. La cual solo procederá cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial, estas operaciones deben llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad y

4 Artículo 7 del Reglamento de la Policía Nacional del Perú (aprobado por Decreto Supremo 008-2000-IN), en el que por cierto ya se establecía como atribución de la Policía el requerir documento de identidad personal cuando el caso lo amerite. La Resolución de la Fiscalía N° 029-2005-MPFN delimita la función de la Policía: "que solo procederá [el control de identidad y el registro de personas] cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en el caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial".

5 Resolución de Fiscalía N° 029-2005-MPFN: "El documento de identidad presentado por la persona intervenida, el cual puede ser: Documento Nacional de Identidad (DNI), o Carné de Extranjería o Pasaporte, si se tratara de extranjeros, Licencia de Conducir, Libreta Militar, Partida de Nacimiento o cualquier otro documento público que permita su identificación en el momento" (sic).



proporcionalidad. Si el sujeto no tuviera sus documentos se le debe permitir hacer una llamada a su sus familiares o trasladar al lugar donde se encuentra el documento de identificación de ser posible⁶; si fuera conducido a la dependencia policial, también se le debe permitir realizar la llamadas telefónicas u otros medios de comunicación; la detención no debe exceder de cuatro horas, luego se le debe permitir retirarse del lugar. Esto no está bajo la protección del artículo 2 núm. 24 lit. f de la Constitución, ya que es una breve medida coercitiva que concretamente afecta la libertad ambulatoria, y con una perspectiva temporal limitada, no necesita de flagrancia para que la Policía por sí o por orden fiscal la lleve a cabo previo mandato escrito y motivado del Juez; por lo tanto, existe una situación intermedia, en la que existe una restricción a la libertad distinta a la detención en sentido estricto⁷. El artículo 205 inc. 4. no es inconstitucional porque está amparada en el artículo 2 num. 24 lit. b de la Constitución: “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley...”.

Para la finalidad del servicio de identificación, proceso mediante el cual se asimila un aspecto, propiedad o atributo del individuo que se transforma en un modelo, para diferenciar de otros individuos, se le pueden tomar fotografías al imputado, con asentimiento de su voluntad, de lo contrario se le debe pedir expresa orden del Ministerio Público. Al efectuar esta medida se debe levantar un acta.

En delitos graves que causen alarma social, la Policía puede identificar a las personas que se encuentren cerca del lugar de los hechos, también puede registrar los vehículos y realizar un registro superficial de las personas para comprobar si se encuentran instrumentos prohibidos o peligrosos (206.1). De lo actuado, la Policía da cuenta al Ministerio Público y deja constancia en el correspondiente libro de registro (artículo 206.2).

3. VIDEOVIGILANCIA

El nuevo Código procesal penal no dice cómo debe ser el pedido de la Policía sobre videovigilancia, ni si esta debe ser verbal o escrita. Tratan-

6 Ibídem: “El Fiscal verificará (...) las facilidades que la autoridad policial brindó para la ubicación y exhibición de identificación de la persona intervenida como llamadas telefónicas, utilización de medios electrónicos, conducción al lugar donde estaban sus documentos, de haber sido posible”.

7 SAN MARTÍN CASTRO, César. “Búsqueda de pruebas y restricción de derechos”, en *Revista Gaceta Jurídica*, pp. 249-259.



do de subsanar dicho defecto, el reglamento de aplicación⁸ nos dice que debe ser debidamente motivado.

Cuando se trate de delitos violentos o graves, en los que la pena privativa libertad sea no menor de cuatro años, o relacionados a organizaciones delictivas, el Fiscal puede, a iniciativa propia o a pedido de la Policía y sin conocimiento del afectado, disponer la realización actos de videovigilancia (207), delimitando claramente el lugar, tiempo, espacio y modo en el que se realizará, así como sobre qué sujeto recaerá la medida y a cargo de quién estará⁹. El Fiscal requerirá la autorización judicial cuando la videovigilancia se realice en el interior de inmuebles o lugares cerrados, debido a que la situación amerita mayor protección de los derechos fundamentales en conflicto. La transcripción será ordenada por el Fiscal, esta deberá estar numerada en forma independiente, indicando la duración de la grabación y demás datos que resulten necesarios para la plena identificación en el soporte original. Culminadas las investigaciones, inmediatamente se pondrá en conocimiento del vigilado lo actuado, siempre que el objeto de la investigación lo permita, asegurando la tutela jurisdiccional efectiva, y que no se ponga en peligro la vida o la integridad física de terceros; teniendo siempre presente que el Estado, a través de sus instituciones, debe velar por la protección de la sociedad, por lo tanto, de cada individuo que la conforma. Senés Montilla señala, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: “Tanto la prevención de la investigación delictiva, como la protección de la más genérica seguridad ciudadana deben cohonestarse con la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona. Y es que, a la vista de la doctrina constitucional –sentencia del TC 114/ 1984, de 29 de noviembre, que sirvió de base a la previsión del artículo 11.1 de la LOPJ–, se puede afirmar sin reserva que en el proceso penal la verdad real no se puede conseguir a cualquier precio”¹⁰.

8 En la Resolución de Fiscalía citada se expresa: “a solicitud motivada de la Policía nacional”.

9 Id. Apartado 2.2. La autoridad competente deberá observar como mínimo, y entre otros, “los límites en la utilización de medios técnicos de vídeo-vigilancia, tales como el espacio físico, y las personas susceptibles de tomas fotográficas o registro de imágenes, el tiempo del procedimiento de vídeo-vigilancia de conformidad con lo establecido del artículo 230 numeral 6 del CPP y la necesidad o no de grabar sonidos, entre otros”.

10 SENÉS MONTILLA, Carmen. “Cámara de control y filmaciones de la vía pública, redadas y controles policiales”, en *Medidas y restricciones de derechos fundamentales*. Director Velasco Nuñez, Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 274.



4. LAS PESQUISAS

Las pesquisas son búsquedas o indagaciones que realiza la Policía cuando existan motivos razonables para creer que con tal actuar se encontrarán rastros del delito o a personas prófugas, incluyendo al imputado (artículo 208.1). Tienen por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere de utilidad para la investigación (208.2)¹¹.

Estas pesquisas solo las realiza la Policía, a propia iniciativa o a solicitud del Fiscal. En todo caso debe dar cuenta a éste. Levantará un acta en la que se informe lo acontecido, si se encontraron o no los objetos o sujetos buscados (208.2). Si los rastros, o efectos materiales, o las personas buscadas no estuviesen en el lugar, se describirá su estado actual y se procurará consignar su estado anterior, el modo, tiempo y causa de tal desaparición o ausencia, y los medios de convicción de los que se obtuvo este conocimiento (208.3).

Cuando fuere posible, se recogerán elementos útiles (208.2), se levantarán planos y utilizará todo procedimiento adecuado a los efectos de la investigación (208.4).

Las pesquisas que el Código procesal regula, bajo tal rótulo, son: las Retenciones y el Registro de personas. Todo lo dicho en este punto es aplicable a ambas instituciones.

4.1. Retenciones

Hoy en día ya hay un casi unánime consenso en que no existen derechos absolutos. En este sentido, la libertad puede ser restringida, y no solo cuando se encuentre un individuo en flagrancia o bajo condena judicial, sino también cuando resulte indispensable para el esclarecimiento de un delito (aun no siendo el imputado del hecho).

Es así que el Código le otorga facultades a la Policía, cuando necesite practicar una pesquisa, para retener a las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra (209.1). Pero, también el legislador ha colocado un límite a tal facultad, ya que tampoco el derecho de la sociedad frente a lo que representa el delito es absoluto. El agente siempre debe tener presente los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en

11 Las pesquisas se efectúan "luego de" realizado el delito. Es una de las diferencias con la flagrancia. Otra es que en la flagrancia el espacio de tiempo con el hecho delictivo debe ser breve, mientras que en aquellas no necesariamente.



la medida. El límite temporal que tiene la Policía para realizar su pesquisa con la persona retenida es de cuatro horas, luego de las cuales debe solicitar orden judicial para su ampliación (209.1).

El Juez estimará si esta prórroga es absolutamente necesaria y, de ser el caso, cuál es el tiempo prudencial otorgable a la Policía, valorando siempre los fines de la investigación frente al menoscabo sufrido por las personas mientras dure la pesquisa.

4.2. Registro de personas

El registro de personas es un tipo de pesquisa que se practica sobre el individuo y los objetos que éste porta¹², cuando existan fundadas razones para considerar que en él o en su ámbito personal oculta bienes relacionados con el delito (210.1).

Nuestra normativa respecto de este tema, encuentra su fuente en la legislación italiana. Así, la última parte del artículo 210.1 del NCPP lo encontramos en el artículo 248.1 del C. de PP. it.; también, hemos distribuido el artículo 249 en los artículos 210.4 (derecho de hacerse asistir por personas de su confianza, durante la pesquisa) y 210.2 (respetar el pudor de las persona). Pero nosotros añadimos que lo practique alguien del mismo sexo del intervenido –tal vez influenciados por el § 81 de la Ley alemana–, aunque ahí se refieran solo a las situaciones en las que se pudiera ofender el pudor de la mujer, en tal caso, serán intervenidas por otra mujer.

Antes de introducirse en la intimidad y el pudor ajeno, el agente policial debe invitar a la persona a que exhiba y entregue los objetos requeridos. Si éstos son entregados, no se procederá al registro personal, salvo que se considere útil efectuarlo a fin de completar la investigación; en caso contrario la Policía está facultada para hacerlo (210.1). Este registro incluye vestimenta, equipaje, vehículo utilizado o bultos que portare el intervenido (210.3).

12 Al respecto, hay quienes opinan que el registro de personas únicamente debe realizarse sobre el individuo y no sobre sus pertenencias, mientras que otros, y de esta parte el legislador peruano, entienden que no hay inconveniente en interpretar extensivamente la institución, alcanzando a la búsqueda sobre los bienes que tiene el sujeto en su “ámbito personal”, siempre que estén relacionados con el delito. A la primera corriente se adscriben las legislaciones de Francia y del Reino Unido. En estas, el cacheo no requiere mandato judicial, mientras que el registro personal tiene una garantía extra, es controlado judicialmente. A la corriente contraria, “ROXIN”, ob. cit., pág. 319.



El registro se realizará respetando la dignidad y, dentro de los límites posibles, el pudor de la persona. Corresponderá ser intervenido por un agente del mismo sexo, excepto cuando la demora perjudique la investigación (210.2).

Previa ejecución del registro se le comunicará a éste las razones de su intervención y que tiene derecho a hacerse asistir por una persona de confianza, siempre que se le pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad (210.3). La Policía debe actuar en última instancia, porque de por medio se encuentra la vulneración al derecho fundamental de la intimidad. Se nota el nuevo rumbo más garantista que se trata de dar a nuestro proceso penal. En lo posible se busca respetar los derechos de las personas y, cuando resulte indispensable introducirse en ellos, hay una autolimitación, que trata de que el menoscabo en los derechos fundamentales sea el menor posible.

En la legislación colombiana, los jueces deben vigilar estas actuaciones del Fiscal y la Policía; en este sentido, opina Arias Duque: “En la tutela del derecho a la intimidad, el Juez de control de garantías deberá analizar si los motivos razonablemente fundados argüidos por el Fiscal, tienen la fortaleza lógica y probatoria necesaria para sustentar tanto la ‘inferencia’ del Fiscal como la ‘relación con la investigación’. Con bases a este análisis se determina la razonabilidad y la necesidad del registro ordenado por el Fiscal para proceder la autorización o negarla”¹³.

5. INTERVENCIÓN CORPORAL

Sobre el examen corporal del imputado, Huertas Martín opina que, si bien se utiliza al ser humano como sujeto pasivo del proceso en orden a la investigación y comprobación de los delitos, el “principio general de consideración del imputado como sujeto del proceso y no como un objeto del mismo encuentra, si no determinadas quiebras, sí una serie de matices cuando nos encontramos en sede de investigación (...) [el imputado], sujeto y acreedor de una serie de derechos y facultades que legítimamente le corresponden ve matizada o mejor, complementada –podría decirse que negativamente– dicha posición, cuando se pretende que su propia realidad física, su misma entidad corporal, puede ser fuente de datos que faciliten la investigación penal e incluso pueden ser tenidos en cuenta a efectos

13 ARIAS DUQUE, Juan y ALBARRACÍN DURÁN, José. *El proceso penal acusatorio colombiano*. T. II. Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, pág. 98.



probatorios. Es entonces cuando el imputado sin perder la cualidad de sujeto del proceso, adquiere al propio tiempo, la cualidad de instrumento probatorio, en tanto que de su propia corporeidad pretende extraerse elementos a los efectos de la actividad investigadora y de comprobación de los delitos”¹⁴.

A diferencia del registro de personas, pesquisa en el cuerpo de la persona mediante la palpación de su cuerpo o la revisión en sus objetos de su ámbito personal; la intervención corporal es mucho más profunda, se practica en el mismo cuerpo de la persona del imputado.

Estudiando ambas medidas, Roxin nos dice que es de circunscribir la intervención corporal como acto concreto –para diferenciarlo del registro corporal– a aquellos actos que implican, no una búsqueda de objetos en la superficie corporal o en las cavidades u orificios corporales naturales (registros anales o vaginales), sino extracciones de fluidos del cuerpo humano, tales como análisis de sangre o de orina, o ecográficos, o cualquier otro tipo de actuación sanitaria, examinando el cuerpo mismo del imputado¹⁵.

Si bien la legislación de tendencia acusatoria chilena regula esta institución, nuestra fuente más importante es el § 81a y § 81c (con sus seis numerales) de la Ley alemana.

Es de verificar que ni la ley procesal alemana (§ 81a) ni el NCPP (artículo 211.1) exigen consentimiento del inculpado. Otro punto en donde se nota la influencia alemana a la intervención corporal es en cuanto a la facultad atribuida al Fiscal para realizar extracciones de sangre cuando exista peligro por la demora que pudiese perjudicar el éxito de las investigaciones –esto en el § 81a de ser Ley procesal alemana y en el artículo 211.3 del NCPP (aquí se aclara que se debe instar confirmación judicial)–.

A solicitud del Ministerio Público, el Juez puede ordenar el examen del imputado siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Las pruebas a realizarse pueden ser las siguientes: análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones, las que deben ser efectuados por un médico u otro profesional especializado. Para determinar si el examen puede conllevar un daño grave a la salud del imputado, es necesario contar con un dictamen pericial; de existir este peligro, no se efectuará el examen (211.1).

14 HUERTAS MARTÍN, Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Edit. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 370 y 371.

15 ROXIN, Claus. Ob. cit., pág. 290.

Saltan a la vista nuevas diferencias, no solo con el registro personal, sino con todas las pesquisas, y es que ellas son realizadas por la Policía, con supervisión del Fiscal, mientras que en estas es el mismo Fiscal el que la solicita ante el Juez de la Investigación preparatoria (verdaderamente imparcial, en el sistema acusatorio) –exceptuando el caso del núm. 5 del artículo 211, que prevé intervenciones mínimas del Ministerio Público o de la Policía, con conocimiento del Fiscal, como extracciones de sangre, piel o cabello siempre que no comprometan la salud del intervenido–. Además, para practicar una pesquisa, no hay una exigencia en cuanto a un mínimo de pena por el delito investigado, en cambio, para intervenir el cuerpo de alguien, en el marco de la investigación, se requiere que el delito investigado al imputado, no sea menor a los cuatro años.

Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición de ella debe ser admitido otra mujer o un familiar (211.2).

Si el examen debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, no es necesario esperar la orden judicial, pero debe instar inmediatamente la confirmación judicial (211.3). Sobre este punto, advierte Fany Quispe Farfán, que se debe tener mucha cautela con las posibles desviaciones sobre cuándo entender la urgencia en la actuación de la intervención. Podría suceder que la excepción se transforme en la regla y que la “judicialidad de se vuelva un formalismo”. Nos recuerda que el nuevo Sistema procesal penal es más ágil que su vetusto predecesor, por lo que no se debe pasar por alto muy a la ligera el control judicial de las actuaciones en la investigación, so pretexto de la “urgencia”¹⁶.

En esta diligencia estará presente el abogado del imputado, salvo que no concurra, pese a la citación correspondiente, o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso, podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido, siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir del abogado defensor y de la intervención de la apersona de confianza del intervenido (211.4).

El Ministerio Público, o la Policía Nacional, con conocimiento del Fiscal, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para la sa-

16 QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. “El registro personal y las intervenciones corporales”, en *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Cubas Villanueva, Doig Díaz y Quispe Farfán, coordinadores, Palestra Editores, Lima, 2005, pág. 432.



lud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no lo considere riesgoso, de lo contrario se pedirá la orden judicial (211.5).

La imposición coactiva solo procede: a) si no existe ningún daño para la salud del inculpado, requisito obvio que se proyecta así mismo, por el imperativo del principio de proporcionalidad, y b) si resulta indispensable para la averiguación de la verdad, requisito derivado del sub-principio de necesidad, pero que en este caso existe un canon de valoración mucho más estricto. Respecto de la intervención corporal sobre otras personas, distintas del imputado; el legislador nacional ha adecuado los tres primeros numerales del §81c alemán al artículo 212 de nuestro nuevo Código procesal penal.

Los testigos son examinados corporalmente, inclusive sin su consentimiento, cuando su cuerpo presente huellas o secuelas del delito (artículo 212). Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el Juez¹⁷. Aunque el Código no lo diga expresamente, como sí lo dice en el caso de los imputados, creemos que con mayor razón siendo un no imputado, la intervención contra la voluntad del intervenido debe estar sujeta a que el hecho investigado sea penado con no menos de cuatro años.

En todo caso, la intervención corporal debe realizarlo un profesional médico, debe realizarse en *ultima ratio* y respetando de la mejor manera los derechos del intervenido.

6. PRUEBA DE ALCOHOLEMIA

La prueba de alcoholemia está constituida por unos exámenes que se les realiza a los sujetos, en el marco de la prevención e investigación del delito, para determinar la cantidad de alcohol presente en la sangre de los mismos (213.1). Está principalmente pensado para el delito de conducción en estado de ebriedad, y su derivación preterintencional en las formas de lesiones y homicidio culposo¹⁸.

La prueba comienza con la comprobación de tasas de aire respirado, salvo que el estado de ebriedad sea evidente, realizada la Policía, en su misión

17 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. cit., pág. 257.

18 Hacemos notar nuestra plena conciencia de que el Código Penal no lo trata así, manteniendo la institución de lo preterintencional, sino que la destroza por completo, utilizando una figura dolosa para agravar otra culposa. Cfr. artículos 111 y 124 del Código Penal.



de prevención del delito. Luego de lo cual elaborará un acta de las diligencias seguidas, abrirá un registro donde consten las comprobaciones de aire aspirado realizadas, dando cuenta de todo al Ministerio Público (213.3).

Cuando la comprobación de tasas de alcohol en aire respirado haya resultado positiva, o se presenten signos evidentes de estar bajo los efectos del alcohol, de drogas u otras sustancias prohibidas, el Código faculta a la Policía a retener al sujeto y conducirlo al centro de control sanitario, donde se le realizarán los exámenes de sangre u otros fluidos, según prescripción del facultativo (213). Parecería arbitrario que no estando realizando la Policía un operativo de prevención, detenga a una persona determinada y le pretenda realizar las pruebas mencionadas, solo a ella y a nadie más, debiendo estar ella obligada a soportarlas.

Por eso, el Código le ha brindado unas garantías indispensables a la ciudadanía frente al poder policiaco. Si una persona es intervenida así es porque se sospecha la posible comisión de un delito. Pero, para hacerlo, se le debe expresar las razones de la intervención y su derecho a ser asistido por una persona de su confianza, siempre que se la pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad, como ocurre en el registro de personas (213.4).

El Código, no determina hasta qué punto y en qué supuestos resulta proporcional, desde una perspectiva constitucional, la imposición obligatoria de la realización del examen de alcoholemia; así como tampoco, desde una perspectiva más concreta, cuál ha de ser el modo constitucionalmente legítimo en el que han de desarrollarse. Para esto se analizará, caso por caso, qué derechos fundamentales resultan afectados, en qué medida lo son y cuál es el medio menos lesivo para practicarlo, además de los supuestos en que puede considerarse firmemente ajustada a la Constitución, en virtud del principio de proporcionalidad.

7. EL ALLANAMIENTO

Cuando existan motivos fundados para considerar que en un domicilio, casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y en cualquier otro lugar cerrado, se ocultan el imputado o un prófugo, o se hallan bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación— fuera de los casos de flagrancia o inminente peligro de la comisión de un delito—; el Fiscal debe solicitar ante el Juez su allanamiento (214.1), precisando la ubicación del lugar a registrarse, la finalidad de la diligencia y el tiempo de duración (214.2). El auto judicial, además de lo precedente, indicará el nombre del Fiscal autorizado, las medidas de coerción correspondientes y el apercibimiento en caso de resistencia. La vigencia de la



orden caduca a las dos semanas de emitida, salvo concesión por plazo determinado (215). Se debe entregar la copia de autorización al imputado, y todo lo actuado debe constar en acta (216.1).

Del texto normativo se infiere que el Fiscal no requiere autorización judicial en los casos de flagrancia o peligro inminente para la realización de un delito (214.1), pero siempre debe dar cuenta de su actuar en un acta. Sobre la flagrancia, Ruiz Enrique Vadillo, describiendo la legislación española, dice: "Si hay un mandamiento judicial y falta el secretario, se trata de un acto nulo y del que no es posible obtener ninguna consecuencia desfavorable para el reo"¹⁹; con lo que se nota la preocupación del legislador español por brindar suficientes garantías para ejecutar estas medidas. Cabe señalar, finalmente que el allanamiento se puede realizar sin mandato judicial cuando se trata de flagrante delito, debiendo igualmente dejar constancia de todo lo actuado en acta. Para considerar la flagrancia, se deben cumplir, según Paz Rubio, los siguientes requisitos: "a) inmediatez temporal, es decir; que se esté cometiendo un delito o que se haya cometido instantes antes. b) Inmediatez personal, consiste en que el delincuente se encuentre allí o en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba una prueba de su participación en el hecho. c) Necesidad urgente de tal modo, que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el hecho concreto, se vea impelida a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención"²⁰.

En este tema, el nuevo Código está influenciado por la legislación italiana, aunque ellos no lo llamen como nosotros, sino "pesquisas de sitio" (diferenciándolas de las pesquisas personales). Ello se aprecia cuando ambos exigen motivos razonables, o fundados, para sospechar que en el lugar se encuentra el imputado o un evadido (artículos 214.1 del NCPP y 247.1 del C. de PP. it.). También se nota la influencia en el modo de proceder: otorgamiento de copia al interesado (de no encontrarse él, a un vecino o al portero, entre otros) y el comunicado al mismo que tiene el derecho de hacerse representar

19 RUIZ VADILLO, Enrique. "La prueba en el proceso penal", en *La prueba en el proceso penal*. Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 74.

20 PAZ RUBIO, José María. "La prueba en el proceso penal", en *La prueba en el proceso penal*. Ed. Consejo General del Poder Judicial; Madrid, 1992, pág. 145. El autor llega a esta conclusión analizando la legislación española (artículos 18 núm. 2 de su Constitución y 553 de la Ley de Enjuiciamientos Criminales).



o asistir por alguna persona de su confianza –artículos 216.1 y 2 del NCPP y 250.1 y 2–.

No obstante, a diferencia de la legislación italiana, nosotros excluimos expresamente los casos de flagrancia para tal proceder.

En otras legislaciones, como la chilena (artículo 204 y 205 de su Código), se distinguen entre allanamientos en lugares abiertos y en lugares cerrados. Los chilenos regulan en este lado la flagrancia de modo restrictivo, admiten el allanamiento cuando se encuentren signos evidentes de que se está cometiendo el delito, pero, ¿qué ocurre si el delito acaba de cometerse y hay signos de ello? Por otro lado, es mayoritaria la posición normativa internacional de fijar horarios para la realización del allanamiento. Tal es el caso de los Códigos chileno (207), italiano (artículo 251), alemán (§ 104), colombiano (artículo 225.1), el Código procesal penal modelo para Iberoamérica (artículo 152) entre otros. Nosotros no seguimos esta corriente, cosa que no nos parece mal, después de todo.

8. LA EXHIBICIÓN FORZOSA Y LA INCAUTACIÓN

La ley establece que se requiera la autorización judicial, previa petición fundada, para que se obligue a una persona a exhibir o entregar bienes o cosas relacionadas con el delito (ya sea porque constituyen el cuerpo del delito o son necesarias para la investigación). La autorización judicial deberá tener todos los datos necesarios, así como el nombre del Fiscal autorizado, la designación del bien a exhibir o incautar con el apoyo policial, debiendo registrar con exactitud los bienes o cosas, pudiéndose lograr la autorización para tomar fotos o grabaciones, que contribuyan a los mismos fines del esclarecimiento del delito.

En los casos de exhibición se cuidará de describir determinadamente el bien, objeto o documento. Corresponde al Ministerio Público, la conservación de tales bienes u objetos (218.1).

La Policía puede tomar estas medidas sin autorización ni orden judicial cuando se interviene un delito flagrante o está ante el peligro inminente de su perpetración. De ello dará cuenta, inmediatamente, al Fiscal, quien solicitará la confirmación del Juez de la investigación preparatoria (218.2).

9. EXHIBICIÓN E INCAUTACIÓN DE ACTUACIONES Y DE DOCUMENTOS NO PRIVADOS

La norma procesal también se ocupa de la exhibición e incautación de las actuaciones y documentos que no tiene la calidad de privado, incluyendo



aquéllos que se clasifiquen como secreto de Estado. En este último caso, se debe probar tal condición. El Juez, en coordinación con el Ejecutivo, solicitará la confirmación de la condición de los objetos como secretos de Estado. De serlo así, decidirá la clausura de la investigación por estas circunstancias (224). La fuente, para el artículo 224 del NCPP, es el 256 del C. de PP. it. El trato dado a la materia es similar en ambos, cada uno adecuado a sus instituciones, claro está.

10. EL CONTROL DE COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS

En esta parte estudiaremos los casos en los que la medida adoptada en la búsqueda de pruebas restrinja los derechos fundamentales a la inviolabilidad de las comunicaciones y de los documentos privados (Constitución, artículo 2.10). Su regulación está en el Código. Existe también una Ley especial que faculta al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en casos excepcionales, Ley N° 27697²¹. Con la entrada en vigencia del Código, ¿qué sucederá con ella?

Esa Ley busca regular coherentemente la facultad constitucional otorgada al Juez (por el segundo párrafo del núm. 10 del artículo 2 de la Constitución), pero, para una mejor sistemática, esta labor debía estar asignada al cuerpo normativo que regule todo el proceso penal. En vista de que el nuevo Código contiene disposiciones claras y adecuadas al nuevo modelo de administración de justicia, por él creado, sobre la función del Juez y del Fiscal respecto de las intervenciones de las comunicaciones de las personas, y de que el Código deroga “todas las leyes y disposiciones que se le opongan” (disposición derogatoria, última norma del Código); a su integral entrada en vigencia, serán las normas de éste, y no las de aquélla, las que regirán para el proceso penal.

Afectando estas medidas, los derechos de las personas a la inviolabilidad de sus comunicaciones y de sus documentos privados, se debe ser cauteloso al llevarlos a cabo. El Ministerio Público no puede excederse de lo prescrito

21 Ley recientemente modificada por la Ley N° 28950 del 15 de enero del 2007. Esta modificación amplía el campo de aplicación del control judicial de las comunicaciones personales. Ahora se permite tal medida “solo” en los siguientes delitos (artículo 1 de la Ley 27697): secuestro agravado, trata de personas, pornografía infantil, robo agravado, extorsión agravada, tráfico de drogas, tráfico de migrantes, asociación para delinquir, delitos contra la humanidad, atentados contra la seguridad nacional, traición a la patria, peculado, corrupción de funcionarios, terrorismo, delitos aduaneros y delitos tributarios.

en el Código, si se obtienen fuentes de prueba inobservando las garantías que el Código establece en este punto, estaríamos frente a una prueba prohibida²².

10.1. Interceptación e incautación postal

El nuevo Código procesal penal establece la posibilidad de que se pueda interceptar, incautar y abrir documentación que se dirija al imputado de manera directa o indirecta, siempre que sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos que se investiguen (226.2). Pueden ser objeto de interceptación toda forma de comunicación contenida en soporte material, los pliegos, valores, telegramas u otros objetos de correspondencia, dirigidos al imputado o remitidos por él (226.1). También son susceptibles de ser intervenidos los correos electrónicos (226.3)²³.

Nuestra fuente en el Derecho comparado de la sección pertinente a la incautación de documentos privados, la encontramos en el Código italiano. Incluso copiamos en cierto modo la forma de redacción de aquél Código. Sin embargo, hemos hecho las modificaciones necesarias a nuestro sistema. Por ejemplo, acá las cartas las abre el Fiscal, no el Juez, como se hace allá. Además, complementamos mejor la institución; aparentemente aventajamos a ellos en eso. No obstante, el legislador peruano también aprovechó los aportes de Códigos más modernos, como el chileno. De este modo tenemos la facultad de disponer copias de correspondencia electrónica, presentes en la última parte del primer párrafo del artículo 218 del CPP. Chi., y casi calcado de ahí en el artículo 226.3 del NCPP.

Contrario a lo que sucede con las intervenciones de comunicaciones y telecomunicaciones, en esta parte, el Código no establece un mínimo en la pena del delito investigado, solo precisa que se instará cuando su obtención sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos

22 Sobre la admisibilidad o no de las pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales (pruebas ilícitas) ver el punto 3 del Tema 1 de este trabajo.

23 De la mayor importancia que se mencione expresamente la posibilidad de intervenir correos electrónicos. La Ley 27697, de manera exageradamente amplia, entendía por comunicación a “cualquier forma de transmisión del contenido del pensamiento, o de una forma objetivada de éste, por cualquier medio”, quedando comprendida así la correspondencia electrónica.

(226.2)²⁴. Obviamente que se deben seguir respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la medida (203.1).

Para realizar estos actos se requiere el pedido formal del Fiscal al Juez de la investigación preparatoria (226.1). Se trata de una diligencia estrictamente reservada, con fines propios de investigación, suficientemente motivada y por el tiempo necesario, que no podrá ser mayor al periodo de la investigación (226)²⁵.

Se exige el examen del documento retenido solo si estuviera relacionado con la investigación; será abierto solo por el Fiscal, incautándose, de ser necesario. Caso contrario, los documentos serán devueltos al destinatario. De todo lo actuado se levantará un acta (227).

El procedimiento es el siguiente: Cuando el Fiscal considere indispensable, para la investigación, la interceptación de comunicaciones de este tipo del imputado, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria la orden para hacerlo. De ser negativa la respuesta de éste, el Fiscal podrá apelar (226.4). Una vez recabada la autorización, realizará (por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Policía o de la Fiscalía) inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación (227.1). La correspondencia así interceptada es trasladada al despacho del Fiscal, donde él mismo revisará el contenido del envío. Si llega a la convicción de que es material útil para la investigación, dispondrá su incautación, dando cuenta para esto al Juez de la Investigación Preparatoria. Si, por el contrario, no lo cree así, ordenará se la devuelva a circulación, enviándola a su destinatario respectivo, de las maneras que prevé el 227.2. Sea o no pertinente la información, y luego que disponga lo oportuno el Fiscal, se redactará el acta correspondiente (227.2).

Una vez cumplida la diligencia y la investigación del caso, se la hará conocer al imputado, quien podrá solicitar a la autoridad judicial, dentro los tres días de notificado, el reexamen del caso. En ese supuesto se llevará a cabo la realización de una audiencia para efectuar el control judicial de la diligencia de interceptación e incautación de documentos (228).

24 La Ley anterior sí restringía su utilización a ciertos delitos, en general de gravedad. Ver nota anterior.

25 El límite temporal para la actuación fiscal de estas medidas en la Ley 27697 era de seis meses prorrogables. Eso en general, para toda forma de intervención en comunicaciones, incluso la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones.



10.2. Intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones

Este tema es tratado en nuestro Código, siguiendo la ingente cantidad de escritos sobre las escuchas telefónicas, y el desarrollo normativo de otros cuerpos legislativos, como el CPP. chi. (artículos 22, 223, 224 y 225) y el C. de PP. it. (desde el artículo 266 hasta el 271; que, como el nuestro, coloca como límites a su utilización una exigencia de mínimos de penas en los delitos investigados). Una vez dictada la resolución, con todos sus requisitos, la exigencia constitucional ha quedado cumplida, las que quedan después son exigencias ordinarias²⁶. Los requisitos de las medidas de intervención y grabación de comunicación telefónicas u otras análogas son: a) existencia de suficientes elementos de convicción de la comisión de un delito con pena superior a cuatro años de privación de libertad, b) absoluta necesidad para la pesquisa, c) solicitud Fiscal y d) orden judicial.

La orden judicial identifica al afectado, que puede ser el imputado o un tercero que reciba o tramite comunicaciones por cuenta del investigado, que pueden ser por medio telefónico u otra medida de comunicación objeto de la investigación (230.2). La forma de esta investigación está determinada por el Código, su alcance y duración no podrán exceder de treinta días, salvo prórroga o plazo sucesivo, previo requerimiento Fiscal y autorización Judicial (230.6). Las empresas telefónicas y de telecomunicaciones están obligadas a posibilitar la realización de estas diligencias ordenadas, bajo apercibimiento de ser denunciadas por desobediencias a la autoridad (230.4). Los ejecutores o facilitadores de la medida deben guardar secreto acerca de las mismas, salvo cuando sean citadas como testigos en el procedimiento. Las medidas de interceptación cesan cuando los elementos de convicción que les dieron fundamento desaparecen o vence el plazo fijado. Las grabaciones son entregadas al Fiscal quien las conserva de modo seguro, cuidando que no sean conocidas por terceros; además, dispone su transcripción, levantándose el acta. Lo irrelevante en materia procesal se devuelve al imputado y se destruye la transcripción o las copias de ellos.

En la legislación argentina existe sanción penal cuando se omite borrar los soportes de grabación. Al respecto, dice Francisco Pascua: "la ley

26 MONTERO AROCA, Juan. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 216.



25.520 ha receptado expresamente esta regla en su artículo 20 estableciendo que si no se inicia la causa, el Juez ordenará la destrucción o borrado de los soportes de las grabaciones, introduciendo un tipo penal nuevo el cual es precisamente el de omisión de destrucción o borrado de los soportes de grabaciones, copia de intervenciones postales, cablegráficas o de facsímil o de cualquier otro elemento que permita acreditar el resultado de las interceptaciones, captaciones, o desviaciones', frente a una orden judicial en tal sentido, determinando una pena de prisión de tres meses a un año y medio e inhabilitación especial por doble tiempo"²⁷.

El nuevo Código procesal penal nacional permite preservarse grabaciones relevantes para procedimientos diferentes de aquél por el que se emitió la orden judicial de intervención, siempre y cuando contengan información sobre el hecho punible.

Debe cuidarse de no caer en la ilicitud. Una intervención telefónica implica un menoscabo en el derecho a la privacidad de las comunicaciones, si no se respetan las órdenes legales al realizarlo, puede que la prueba, así obtenida, devenga en ilícita, quedando excluida del proceso. Velasco Núñez Eloy: "Un remedio judicial, una creación jurídica de los tribunales como una finalidad profiláctica, disuasoria de las artimañas policiales a la hora de obtener las fuentes de prueba de modo que se consigan siempre dentro de la legalidad, so pena de ser rechazada y tenida por inexistente porque el gobierno no se debe poner al nivel de los delincuentes ni que el delito sea el medio para obtener la prueba del delito inicialmente perseguido"²⁸.

El reexamen judicial puede ser pedido por el afectado una vez informado de lo actuado, el propósito de esta audiencia está dirigido a verificar el resultado de las diligencias ejecutadas, velar por los derechos de los afectados y, en su caso, impugnar lo decidido. Es posible no notificar al afectado, si pusiera en peligro la vida o la salud de terceros. El secreto en este caso requiere resolución judicial y plazo determinado, vencido el cual procede la audiencia de reexamen. Cuando al realizar un registro personal, una inspección o allanamiento se encuentre en poder del

27 PASCUA, Francisco Javier. *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y Filmmaciones*. Eds. Jurídicas Cuyo, pág. 111.

28 VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Prueba obtenida ilícitamente*. Ed. Consejo General del Poder Judicial; 1996, pág. 431.



intervenido o en el lugar allanado un documento privado, y no se ha recabado autorización judicial previa de incautación, el Fiscal lo asegurará (sin revisarlo) y pondrá de inmediato a disposición del Juez. Seguidamente, requerirá, antes de las 24 horas, la orden de incautación (232). Los documentos contables y administrativos de las personas naturales y jurídicas pueden ser asegurados e incautados, siempre respetando las formalidades del artículo 234.

11. EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y DE LA RESERVA TRIBUTARIA

El levantamiento del secreto bancario se encuentra regulado por la Constitución (artículo 2 inc. 5), la Ley N° 267042, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros (artículo 143). El nuevo Código procesal penal autoriza la incorporación del documento, título valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, o al bloqueo e inmovilización de las cuentas; y autoriza la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero. El Juez autoriza disponer el levantamiento de la reserva tributaria y requiere a la administración tributaria cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado (237).

12. LA CLAUSURA O VIGILANCIA DE LOCALES E INMOVILIZACIÓN

El Fiscal podrá ordenar la clausura o vigilancia de locales o la inmovilización de bienes muebles, cuando sea necesario para continuar con la investigación; después de realizada la diligencia, antes de las veinticuatro horas, el Fiscal debe solicitar al Juez la resolución confirmatoria y para tal efecto adjuntará copia del acta (241).

Esta medida restrictiva de derechos también está presente en el artículo 213 del CPP. chi. Los motivos para ella en la legislación chilena son similares a los de nuestro NCPP.

13. CUADRO SINÓPTICO SOBRE LAS MEDIDAS DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS PARA LA BÚSQUEDA DE PRUEBA

Luego de haber abordado de manera introductoria las medidas restrictivas de derechos para la búsqueda de prueba, será de utilidad y apoyo el que se conozca de manera rápida los requisitos para su válida adopción y las eventuales consecuencias jurídicas, así como también verificar sus objetivos y los sujetos que participan en dichos procedimientos.

CUADRO COMPARATIVO SOBRE LA BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS							
Medida restrictiva de derecho	En cuanto a quién y qué grado de sospecha	Para qué	Por orden de quién	Quién tiene la competencia para ejecutar	Qué, con qué medio	Derechos del sujeto a medida	Excepciones
Control de identidad policial (art. 205)	Al ciudadano, en caso que se considere que resulta necesario. En el lugar que se hubiere hecho el requerimiento.	Para prevenir un delito o para obtener información de un hecho punible.	Policía de oficio	El policía	Medios de Identificación (DNI).	Exigir la identidad del policía y su dependencia	Necesita orden del Ministerio Público cuando se opone a la toma de fotografía
Video vigilancia (art. 207)	Los investigados por delitos violentos y graves o contra organizaciones delictivas, en la residencia del investigado o de otras personas.	Cuando resulten indispensables para cumplir fines de esclarecimiento o cuando la investigación resulte menos provechosa o se vería seriamente dificultado por otros medios.	Fiscal de oficio o a pedido de la policía.	Fiscal y policía.	Con medios técnicos de toma de imagen y registro de imágenes.		Se requiere autorización judicial cuando los medios técnicos de investigación se realizan en el interior del inmueble o de lugares cerrado.
Pesquisas (208)	Estado de personas, en caso y en lugares abiertos.	Comprobar el estado de las personas, lugares cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiera, de utilidad para la investigación.	Fiscal	Policía de oficio dando cuenta al fiscal o por orden de éste.	Medios no determinados.	Antes de proceder se invita a la persona a que exhiba el bien y se le dirá por qué se le interviene.	Se levantará un acta que describe lo acontecido con todo los medios técnicos adecuados y necesarios.
Retenciones (209)	A la persona que se realiza la pesquisa. Motivos plausibles para encontrar rastros del delito.	No se ausente del lugar no más de cuatro horas.	Fiscal	Policía	Conducción a la dependencia policial.	Solo dura cuatro horas.	Para extender la retención mas de cuatro horas se debe recabar la orden judicial.



BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

Registro de personas, es una pesquisa. (210)	El cuerpo del a persona, incluyen sus cavidades corporales y objetos que porte.	Obtener objetos relaciones con el delito.	Fiscal	Policía	Los medios necesarios según corresponda al caso, también se pueden realizar con una persona de confianza si se hallara rápidamente.	Antes de proceder, se invita a la persona a que exhiba el bien y se le dirá por que se le interviene.	Si el sujeto exhibe el bien, ya no se procede.
Intervención corporal (211)	El cuerpo de la persona	Establecer hechos significativos de la investigación.	Juez	Un médico o un profesional especializado siempre.	Extracciones de sangre o fluidos, intervenciones genético-moleculares, así como exploraciones radiológicas.	Si se pudiera ofender el pudor de la mujer, se puede admitir otra mujer o un familiar. Las personas distintas del investigado, pueden rehusar la intervención por los mismos motivos que el testigo.	Cuando no se pudiera esperar la orden judicial, procede con orden del fiscal. El fiscal instará, en este caso, inmediatamente, confirmación judicial. El fiscal o la policía, con conocimiento del fiscal, procederá a mínimas intervenciones.
Examen corporal para la prueba de alcoholemia. (213). Es un tipo de intervención corporal.	La comprobación de tasas de aire respirado se efectúa en el lugar de la intervención corporal para la prueba de alcoholemia, en el centro de control sanitario correspondiente.	Comprobar el estado del sujeto, con ello se busca prevenir el delito o investigar el que ya se realizo.	No se requiere orden judicial ni fiscal.	La policía con dando cuenta al ministerio publico.	La comprobación de tasas de alcoholemia en aire respirado.	Es facultativo el examen de sangre u otros.	Primero se realiza la prueba de alcohol en aire respirado. Luego de ser positiva o evidente el estado de ebriedad o intoxicación, se le realiza prueba de intoxicación en la sangre o en otros fluidos, según prescripción del facultativo.

Allanamiento (214).	Una casa, habitación, casa de negocio, sus dependencias cerradas, recinto habitado.	Encontrar al imputado, a personas evadidas o cosas relevantes para la investigación.	Juez	Fiscal, con apoyo de la policía		Exigir copia de autorización. Hacerse asistir o representar por persona de su confianza.	Puede haber allanamiento sin orden judicial. Los motivos para lo cual constara detalladamente en acta.
Exhibición e incautación de bienes (218)	Quien tenga el objeto requerido.	Obtener el cuerpo del delito o de otras cosas relacionadas con él o necesarias para el esclarecimiento de los hechos.	Juez y fiscal.	Fiscal y/o policía.		Procede cuando el requerido se niega a entregar o exhibir el bien, o cuando la ley así lo prescribiera. Lo exhibido se describirá con detalle. Lo incautado se conservará y custodiará.	P no necesitará OJ cuando se trate de delito flagrante, de lo que dará cuenta al F. el F dispondrá la medida cuando existiera peligro por la demora. En ambos casos, el F solicitará confirmación judicial.
La exhibición e incautación de documentos no privados (224 y ss.)	Actuaciones y documentos que no tienen calidad de privados.	Cuando resulte necesario para la investigación.	Fiscal		Ningún medio en especial.		Cuando se trata de secreto profesional y secreto de Estado, el fiscal acudirá al juez de la investigación preparatoria.
Intercepción e incautación postal (226 y ss.)	Las cartas pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia dirigidos al imputado o remitidos por él.	Cuando resulte necesario para la investigación.	Juez de la investigación preparatoria.	Fiscal y policía.	Los idóneos.		Si la persona persiste en su negativa alegando secreto de estado o inmunidad diplomática, se procederá conforme el núm. 3 del artículo 224.

BÚSQUEDA DE PRUEBAS Y RESTRICCIÓN DE DERECHOS

La intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (230)	Investigado o contra personas que realizan actividades encomendadas por el procesado que tengan que ver con el delito investigado. Para delitos con pena privativa de libertad mayor de cuatro años, y la intervención sea absolutamente necesaria.	Como medio prueba necesaria para la investigación.	Juez de la investigación preparatoria.	El fiscal	Con los elementos técnicos de telecomunicación		La intervención no puede exceder de 30 días, salvo motivación expresa del juez,
Levantamiento o del secreto bancario y la reserva tributaria (235).	La incautación del documento y títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, aunque no pertenezca al imputado.	Cuando sean necesarios y pertinentes para esclarecimiento del caso investigado.	Juez de la investigación preparatoria.	Fiscal y administración tributaria.	A través de las instituciones correspondientes	Secreto bancario y reserva tributaria.	
La clausura o vigilancia de locales e inmovilización. (237)	Locales o bienes muebles que por su naturaleza no pueden ser trasladados.	Cuando fuere indispensable para la investigación de un delito, sancionado con pena privativa de libertad superior a los cuatro años.	Juez	Fiscal y la policía	Se llevara a cabo mediante la redacción de acta que será suscrita en el mismo lugar.		La medida no puede de quince días



CAPÍTULO II
EL CONTROL DE IDENTIDAD Y LA VIDEOVIGILANCIA

SUBCAPÍTULO I
EL CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL

Artículo 205. Control de identidad policial

1. *La Policía, en el marco de sus funciones, 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 intervenido tiene derecho a exigir al Policía le proporcione su identidad y la dependencia a la que está asignado.*
2. *La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encuentre, por medio del correspondiente documento de identidad. Se deberá proporcionar al intervenido las facilidades necesarias para encontrarlo y exhibirlo. Si en ese acto se constata que su documentación está en orden, se le devolverá el documento y autorizará su alejamiento del lugar.*
3. *Si existiere fundado motivo que el intervenido pueda estar vinculado a la comisión de un hecho delictuoso, la Policía podrá registrarle sus vestimentas, equipaje o vehículo. De esta diligencia específica, en caso resulte positiva, se levantará un acta, indicándose lo encontrado, dando cuenta inmediatamente al Ministerio Público.*
4. *En caso no sea posible la exhibición del documento de identidad, según la gravedad del hecho investigado o del ámbito de la operación policial practicada, se conducirá al intervenido a la Dependencia Policial más cercana para exclusivos fines de identificación. Se podrá tomar las huellas digitales del intervenido y constatar si registra alguna requisitoria. Este procedimiento, contado desde el momento de la intervención policial, no puede exceder de cuatro horas, luego de las cuales se le permitirá retirarse. En estos casos, el intervenido no podrá ser ingresado a celdas o calabozos ni mantenido en contacto con personas detenidas, y tendrá derecho a comunicarse con un familiar o con la persona que indique. La Policía deberá llevar, para estos casos, un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en las personas, así como los motivos y duración de las mismas.*
5. *Siempre que sea necesario para las finalidades del juicio o para las finalidades del servicio de identificación, se pueden tomar foto-*



grafías del imputado, sin perjuicio de sus huellas digitales, incluso contra su voluntad –en cuyo caso se requiere la expresa orden del Ministerio Público–, y efectuar en él mediciones y medidas semejantes. De este hecho se levantará un acta.^(*)^(**)

() De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*

*(**) De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo “La Cooperación Judicial Internacional” y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código”.*

CONCORDANCIAS: R. N° 029-2005-MP-FN, 1

Artículo 206. Controles policiales públicos en delitos graves

- 1. Para el descubrimiento y ubicación de los partícipes en un delito causante de grave alarma social y para la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo, la Policía –dando cuenta al Ministerio Público– podrá establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a estos fines, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales, con el fin de comprobar que no se porten sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos.*
- 2. La Policía abrirá un Libro-Registro de Controles Policiales Públicos. El resultado de las diligencias, con las actas correspondientes, se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Público.*^(*)^(**)

() De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*

*(**) De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo “La Cooperación Judicial Internacional” y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código.*

CONCORDANCIAS: R. N° 029-2005-MP-FN, 1.



COMENTARIO:

CONTROL DE IDENTIDAD POLICIAL*

JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA**

En la búsqueda de fuentes de prueba, durante la investigación preliminar, se utilizan instrumentos para permitir una investigación inmediata y acorde con las necesidades del caso. La cual solo procederá cuando resulte necesario para prevenir un delito, obtener información útil en caso de grave alarma social y en el ámbito de una operación policial, estas operaciones deben llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, esto es, se busca conocer la identidad de las personas¹ que se encuentran en relación mediata e inmediata con los hechos que son sometidos a investigación inicial, generalmente por la policía, sean dichas personas potenciales testigos y, por qué no, quizás también involucrados directa o indirectamente en el hecho. De tal suerte que bajo determinadas reglas de control de identidad se proceda a la verificación correspondiente 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 ha realizado el requerimiento (artículo 205 del NCPP).

El primer presupuesto que ha de tenerse en cuenta en esta nueva forma de procedimiento preliminar, es que para dicho control la policía debe de actuar en el ámbito de sus funciones de investigación, esto es, tratándose de algún hecho delictuoso que ha ocurrido, una denuncia u operativo policial, sea o no dispuesta por la autoridad judicial, igualmente las mismas circunstancias de la investigación son las que permiten tomar la decisión. No se trata entonces de que a cualquier efectivo se le ocurra intervenir a una persona y solicitarle sus documentos porqué sospecha de la posible comisión de un delito o aquella ha intervenido en un hecho criminoso. Si

* JIMÉNEZ HERRERA, Juan Carlos. *La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal del 2004*. Búsqueda de fuentes de prueba y restricción de derechos. Jurista Editores. Lima, 2010, pág. 290-293.

** Catedrático de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

1 Resolución de Fiscalía N° 029-200S-MPFN: "El documento de identidad presentado por la persona intervenida, el cual puede ser: Documento Nacional de Identidad (DNI), o carné de extranjería o pasaporte, si se trata de extranjeros, licencia de conducir, Libreta Militar, Partida de Nacimiento o cualquier otro documento público que permita su identificación en el momento".



bien es cierto la norma quizás 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. No habría argumentos sólidos para pensar en un eventual abuso de autoridad. Pero esta nueva institución tiene a su vez reglas y las podemos resumir en las siguientes:

- a) La solicitud de identificación de la persona se realiza *in situ*. Exhibida y constatada la identidad, se le devolverá el documento y se alejará del lugar. La disposición no exige levantamiento de acta, pero sería recomendable tomar sus datos².
- b) La persona intervenida tiene derecho a conocer de la identidad del policía que le requiere de sus documentos. Lo que resulta natural e incluso necesario, en atención a los derechos que le asisten a cualquier persona (es necesario que la persona intervenida tome o apunte su código de identidad policial).
- c) De existir motivo fundado de que la persona intervenida, resulte vinculada con el delito que se investiga se procederá a su registro personal, equipaje o vehículo, levantándose acta en caso de que el resultado sea positivo. Los elementos de juicio o indicios deben ser muy importantes para proceder de esta manera. Aún en el caso de resultar negativa la intervención puede dejarse constancia de lo ocurrido.
- d) Dependiendo de la gravedad del hecho que se investiga y cuando el intervenido no pueda exhibir su documento de identificación, será conducido a la dependencia policial más cercana con fines exclusivos de identificación: toma de huellas digitales y verificación de requisitoria.
- e) La persona conducida a la dependencia policial en caso anterior tendrá derecho a comunicarse con su familiar u otra persona. No puede ser ingresado a calabozo ni celda, tampoco estar en contacto con personas detenidas. La persona conducida no es imputada y; por lo tanto, no puede ser tratada como tal.

2 Resolución de Fiscalía W 029-2005-MPFN: “El documento de identidad presentado por la persona intervenida, e) cual puede ser: Documento Nacional de Identidad (DNI), o Carné de Extranjería o Pasaporte, si se tratara de extranjeros, Licencia de Conducir, Libreta Militar, Partida de Nacimiento o cualquier otro documento público que permita su identificación en el momento” (sic). Fuente: UGAZ ZEGARRA, Fernando. *La prueba en el Nuevo Código Procesal Penal. El Ministerio Público en la reforma Procesal Penal en América Latina*: Instituto de Ciencia Procesal Penal, Material de Lectura. p. 321.

- f) Este procedimiento de conducción a la dependencia policial debe de durar solo un máximo de cuatro horas, a cuyo término, la persona debe de retirarse de la dependencia. Una decisión policial distinta puede generar la interposición de una acción de garantía.
- g) La Policía debe de llevar un Libro de Registro de Identificación Policial, donde conste el motivo, las diligencias y la duración del procedimiento.
- h) Para fines de identificación, se podrán tomar fotografías de la persona imputada, y de acuerdo con lo dispuesto en la norma que se comenta, también se ha previsto los controles policiales públicos (artículo 206), es decir, aquellos que se realizan para descubrir y ubicar a los partícipes que han intervenido en delito grave, también con la finalidad de incautación de elementos probatorios. Esta forma de control comprende los lugares, vías o establecimientos públicos; se permite el control de identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos así como al registro vehicular. También se permite el control superficial de los efectos personales con la finalidad de que no porten sustancias o instrumentos peligrosos o prohibidos. La disposición señala que se debe dar cuenta al Ministerio Público.

Luego de culminada la diligencia se le debe permitir retirar del lugar a la persona intervenida. Esta medida no está bajo la protección del artículo 24 lit. f de la Carta Fundamental, ya que es una breve medida coercitiva que concretamente afecta la libertad ambulatoria y con una perspectiva temporal limitada no necesita de flagrancia para que la policía de por sí o por orden del fiscal previa motivación. Pues el art. 205.4 del NCPP está amparado en el art. 24 lit. b de la Carta Fundamental.



SUBCAPÍTULO II
LA VIDEOVIGILANCIA

Artículo 207. Presupuestos y Ejecución

1. *En las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones delictivas, el Fiscal, por propia iniciativa o a pedido de la Policía, y sin conocimiento del afectado, puede ordenar:*

- a) *Realizar tomas fotográficas y registro de imágenes; y,*
- b) *Utilizar otros medios técnicos especiales determinados con finalidades de observación o para la investigación del lugar de residencia del investigado.*

Estos medios técnicos de investigación se dispondrán cuando resulten indispensables para cumplir los fines de esclarecimiento o cuando la investigación resultare menos provechosa o se vería seriamente dificultada por otros medios.

- 2. *Estas medidas podrán dirigirse contra otras personas si, en el supuesto del literal a) del numeral anterior, la averiguación de las circunstancias del hecho investigado se vieran, de otra forma, esencialmente dificultadas o, de no hacerlo, resultaren relevantemente menos provechosas. En el supuesto del literal b) del numeral anterior, se podrá dirigir contra otras personas cuando, en base a determinados hechos, se debe considerar que están en conexión con el investigado o cuando resulte indispensable para cumplir la finalidad de la investigación, sin cuya realización se podría frustrar dicha diligencia o su esclarecimiento pueda verse esencialmente agravado.*
- 3. *Se requerirá autorización judicial cuando estos medios técnicos de investigación se realicen en el interior de inmuebles o lugares cerrados.*
- 4. *Las medidas previstas en el presente artículo también se pueden llevar a cabo si, por la naturaleza y ámbito de la investigación, se ven irremediablemente afectadas terceras personas.*
- 5. *Para su utilización como prueba en el juicio, rige el procedimiento de control previsto para la intervención de comunicaciones.^{(*)(**)}*

() De conformidad con el artículo único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*

*(**) De conformidad con el Artículo Único de la Ley N 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional" y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código.*

CONCORDANCIAS: R. N° 029-2005-MP-FN, 2



**CAPÍTULO III
LAS PESQUISAS**

Artículo 208. Motivos y objeto de la inspección

1. *La Policía, por sí—dando cuenta al Fiscal— o por orden de aquél, 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 determinado lugar se oculta el imputado o alguna persona prófuga, procede a realizar una inspección.*
2. *La pesquisa tiene por objeto comprobar el estado de las personas, lugares, cosas, los rastros y otros efectos materiales que hubiere, de utilidad para la investigación. De su realización se levantará un acta que describirá lo acontecido y, cuando fuere posible, se recogerá o conservarán los elementos materiales útiles.*
3. *Si el hecho no dejó rastros o efectos materiales o si estos han desaparecido o han sido alterados, se describirá el estado actual, procurando consignar el anterior, el modo, tiempo y causa de su desaparición y alteración, y los medios de convicción de los cuales se obtuvo ese conocimiento. Análogamente se procederá cuando la persona buscada no se halla en el lugar.*
4. *De ser posible se levantarán planos de señales, descriptivos y fotográficos y toda otra operación técnica, adecuada y necesaria al efecto.^(*)*

() De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*

*(**) De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo “La Cooperación Judicial Internacional” y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código.*

CONCORDANCIAS: R. N° 029-2005-MP-FN, 3

Artículo 209. Retenciones

1. *La Policía, por sí —dando cuenta al Fiscal— o por orden de aquél, cuando resulte necesario que se practique una pesquisa, podrá disponer que durante la diligencia no se ausenten las personas halladas en el lugar o que comparezca cualquier otra.*
2. *La retención sólo podrá durar cuatro horas, luego de lo cual se debe recabar, inmediatamente, orden judicial para extender en el tiempo la presencia de los intervenidos.^(*)*



- (*) *De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*
- (**) *De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional" y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código.*

Artículo 210. Registro de personas

1. *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 se invitará a la persona a que exhiba y entregue el bien buscado. Si el bien se presenta no se procederá al registro, salvo que se considere útil proceder a fin de completar las investigaciones.*
2. *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.*
3. *El registro puede comprender no sólo las vestimentas que llevare el intervenido, sino también el equipaje o bultos que portare y el vehículo utilizado.*
4. *Antes de iniciar el registro se expresará al intervenido las razones de su ejecución, y se le indicará del derecho que tiene de hacerse asistir en ese acto por una persona de su confianza, siempre que ésta se pueda ubicar rápidamente y sea mayor de edad.^(*)*
5. *De todo lo acontecido se levantará un acta, que será firmada por todos los concurrentes. Si alguien no lo hiciera, se expondrá la razón.^{(**)(***)}*

(*) *De conformidad con la Primera Disposición Final de la Ley N° 29439, publicada el 19-11-2009, el presente numeral entrará en vigencia a nivel nacional a partir del día siguiente de la publicación de la citada norma.*

(**) *De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28366, publicada el 26-10-2004, se suspendió hasta el 1 de enero de 2005, la entrada en vigencia del presente artículo.*

(***) *De conformidad con el Artículo Único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005, se modificó el inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del presente Código, eliminándose toda referencia a la vigencia de los artículos 205-210, y precisándose que el día 1 de febrero de 2006 entrarán en vigencia en todo el país los artículos 468-471, y el Libro Séptimo "La Cooperación Judicial Internacional" y las disposiciones modificatorias contenidas en este Código.*

CONCORDANCIAS: R. N° 029-2005-MP-FN, 1

CAPÍTULO IV
LA INTERVENCIÓN CORPORAL

Artículo 211. Examen corporal del imputado

- 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aún sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual si resulta necesario se contará con un previo dictamen pericial.*
- 2. Si el examen corporal de una mujer puede ofender el pudor, sin perjuicio que el examen lo realice un médico u otro profesional especializado, a petición suya debe ser admitida otra mujer o un familiar.*
- 3. El Fiscal podrá ordenar la realización de ese examen si el mismo debe realizarse con urgencia o hay peligro por la demora, y no puede esperar la orden judicial. En ese caso, el Fiscal instará inmediatamente la confirmación judicial.*
- 4. La diligencia se asentará en acta. En esta diligencia estará presente el Abogado Defensor del imputado, salvo que no concurra pese a la citación correspondiente o que exista fundado peligro de que la prueba se perjudique si no se realiza inmediatamente, en cuyo caso podrá estar presente una persona de la confianza del intervenido siempre que pueda ser ubicada en ese acto. En el acta se dejará constancia de la causal invocada para prescindir de la intervención del Abogado Defensor y de la intervención de la persona de confianza del intervenido.*
- 5. El Ministerio Público, o la Policía Nacional con conocimiento del Fiscal, sin orden judicial, podrán disponer mínimas intervenciones para observación, como pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello que no provoquen ningún perjuicio para su salud, siempre que el experto que lleve a cabo la intervención no la considere riesgosa. En caso contrario, se pedirá la orden judicial, para lo cual se contará con un previo dictamen pericial que establezca la ausencia de peligro de realizarse la intervención.*



Artículo 212. Examen corporal de otras personas

1. *Otras personas no inculpadas también pueden ser examinadas sin su consentimiento, sólo en consideración de testigos, siempre que deba ser constatado, para el esclarecimiento de los hechos, si se encuentra en su cuerpo determinada huella o secuela del delito.*
2. *En otras personas no inculpadas, los exámenes para la constatación de descendencia y la extracción de análisis sanguíneos sin el consentimiento del examinado son admisibles si no cabe temer ningún daño para su salud y la medida es indispensable para la averiguación de la verdad. Los exámenes y la extracción de análisis sanguíneos sólo pueden ser efectuados por un médico.*
3. *Los exámenes o extracciones de análisis sanguíneos pueden ser rehusados por los mismos motivos que el testimonio. Si se trata de menores de edad o incapaces, decide su representante legal, salvo que esté inhabilitado para hacerlo por ser imputado en el delito, en cuyo caso decide el Juez.*

Artículo 213. Examen corporal para prueba de alcoholemia

1. *La Policía, ya sea en su misión de prevención de delitos o en el curso de una inmediata intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito mediante la conducción de vehículos, podrá realizar la comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado.*
2. *Si el resultado de la comprobación es positiva o, en todo caso, si se presentan signos evidentes de estar bajo la influencia de bebidas alcohólicas u otro tipo de sustancia prohibida, el intervenido será retenido y conducido al centro de control sanitario correspondiente para realizar la prueba de intoxicación en sangre o en otros fluidos según la prescripción del facultativo.*
3. *La Policía, cuando interviene en operaciones de prevención del delito, según el numeral 1) del presente artículo, elaborará un acta de las diligencias realizadas, abrirá un Libro-Registro en el que se harán constar las comprobaciones de aire aspirado realizadas, y comunicará lo ejecutado al Ministerio Público adjuntando un informe razonado de su intervención.*
4. *Cuando se trata de una intervención como consecuencia de la posible comisión de un delito y deba procederse con arreglo al numeral 2) del presente artículo, rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 210.^(*)*

() De conformidad con la Primera Disposición Final de la Ley N° 29439, publicada el 19-11-2009, el presente numeral entrará en vigencia a nivel nacional a partir del día siguiente de la publicación de la citada norma.*



**CAPÍTULO V
EL ALLANAMIENTO**

Artículo 214. Solicitud y ámbito del allanamiento

1. *Fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración, y siempre que existan motivos razonables para considerar que se oculta el imputado o alguna persona evadida, o que se encuentran bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación, el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto.*
2. *La solicitud consignará la ubicación concreta del lugar o lugares que habrán de ser registrados, la finalidad específica del allanamiento, las diligencias a practicar, y el tiempo aproximado que durará.*
3. *Los motivos que determinaron el allanamiento sin orden judicial constarán detalladamente en el acta.*

Artículo 215. Contenido de la resolución

1. *La resolución autoritativa contendrá: el nombre del Fiscal autorizado, la finalidad específica del allanamiento y, de ser el caso, las medidas de coerción que correspondan, la designación precisa del inmueble que será allanado y registrado, el tiempo máximo de la duración de la diligencia, y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato.*
2. *La orden tendrá una duración máxima de dos semanas, después de las cuales caduca la autorización, salvo que haya sido expedida por tiempo determinado o para un período determinado, en cuyo caso constarán esos datos.*

Artículo 216. Desarrollo de la diligencia

1. *Al iniciarse la diligencia se entregará una copia de la autorización al imputado siempre que se encuentre presente o a quien tenga la disponibilidad actual del lugar, comunicándole la facultad que tiene de hacerse representar o asistir por una persona de su confianza.*
2. *Si no se encuentran las personas arriba indicadas, la copia se entregará y el aviso se dirigirá a un vecino, a una persona que conviva con él, y a falta de ellos, sólo de ser posible, al portero o a quien haga sus veces.*
3. *La diligencia se circunscribirá a lo autorizado, redactándose acta. Durante su desarrollo se adoptarán las precauciones necesarias*



para preservar la reputación y el pudor de las personas que se encuentren en el local allanado.

Artículo 217. Solicitud del Fiscal para incautación y registro de personas

1. *Cuando sea el caso, el Fiscal solicitará que el allanamiento comprenda la detención de personas y también la incautación de bienes que puedan servir como prueba o ser objeto de decomiso. En este caso se hará un inventario en varios ejemplares, uno de los cuales se dejará al responsable del recinto allanado.*
2. *El allanamiento, si el Fiscal lo decide, podrá comprender el registro personal de las personas presentes o que lleguen, cuando considere que las mismas pueden ocultar bienes delictivos o que se relacionen con el mismo. El Fiscal, asimismo, podrá disponer, consignando los motivos en el acta, que determinada persona no se aleje antes de que la diligencia haya concluido. El trasgresor será retenido y conducido nuevamente y en forma coactiva al lugar.*

COMENTARIO:

**ALLANAMIENTO DE LOCALES DE USO PÚBLICO O ABIERTO
AL PÚBLICO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL***

PERCY VELÁSQUEZ DELGADO**

MARCO NORMATIVO:

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Artículo 12.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 11 inciso 2.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 17.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 5.
- Constitución Política del Perú de 1993, Artículo 2 inciso 9.
- Código Procesal Penal de 2004 Artículos 67-68 y 214.
- Ley N° 27379.
- Ley N° 27934.

* Este artículo se realizó con la colaboración del Bachiller en Derecho, Juan Carlos Espejo Calderón.

** Profesor de Derecho procesal penal de la Universidad Andina del Cusco, y Abogado.



I. ASPECTOS PREVIOS E IMPORTANCIA DEL TEMA

La Policía Nacional tiene un rol importante en la investigación del delito, con independencia de que el Código Procesal Penal al instituir al Ministerio Público como director de la investigación, parece haberle restado toda autonomía y protagonismo en aquel ámbito; en efecto, la fiscalía decide y ordena los actos de investigación que debe practicar la policía, y en diversos supuestos los realiza directamente sin requerir su intervención; sin embargo, en dos momentos la actividad policial resulta necesaria y de gran importancia: uno, cuando deben realizarse actos de investigación de carácter científico y técnico; y dos, cuando la actuación policial se enmarca en lo urgente e imprescindible para impedir las consecuencias del delito, individualizar a sus autores y partícipes, así como reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para el proceso penal. Es en este último ámbito en el que la intervención policial cobra mayor importancia, en razón a que no se requiere orden ni autorización previa del Fiscal; y si bien el artículo 67.1 del Código Procesal Penal exige que se le comunique las diligencias realizadas, tal comunicación es siempre posterior a la realización de aquellas.

Estos actos de investigación policial urgentes e imprescindibles formalmente no integran las denominadas diligencias preliminares, por cuanto el artículo 330.1 del Código Procesal Penal establece que ellas son realizadas directamente por el Fiscal o por la policía, bajo la dirección del primero; pese a ello, en la práctica y en la doctrina¹ no hay cuestionamiento, hasta la fecha, a que tales actuaciones policiales se consideren parte de la investigación preliminar, y por ende de la investigación preparatoria. Esta situación obedece, según apreciamos, a la trascendencia de la intervención policial, en supuestos de urgencia, para la obtención de fuentes de prueba, y a las cuales el proceso penal no puede renunciar desde una perspectiva teleológica de interpretación de las disposiciones procesales.

Entre los diversos actos de investigación preliminar que la policía puede realizar, bajo la conducción del Fiscal, se tiene el allanamiento de locales de uso público o abiertos al público, que establece el artículo 68.1, literal j) del Código Procesal Penal. Ahora bien, la policía no actúa únicamente por orden

1 En el marco de las leyes procesales anteriores al Código Procesal Penal, utiliza la denominación de investigación preliminar policial, que a su vez comprende a la actuación policial por comisión o de oficio, SAN MARTÍN CASTRO, Cesar, *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, Primera reimpresión de la segunda edición, Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 472.



del Fiscal, pues, el artículo 67.1 del citado cuerpo normativo la habilita para realizar diligencias de urgencia e imprescindibles, esto es, sin conocimiento del Fiscal; es en ese contexto que surge la pregunta de si el allanamiento de un local de uso público o abierto al público puede ser también una diligencia urgente e imprescindible. Aunque el artículo en referencia no ha precisado cuáles son esas diligencias, desde nuestra perspectiva, la respuesta debe ser afirmativa, ya que una interpretación sistemática de los artículos 67.1 y 68.1 del citado código, lleva a concluir que todos los actos de investigación previstos en el segundo artículo, también pueden realizarse en el marco del primero, obviamente, en tanto en cuanto se consideren urgentes e imprescindibles.

Establecido, entonces, que el allanamiento por parte de la policía de locales de uso público o abiertos al público, puede realizarse cumpliendo una disposición Fiscal, o de oficio cuando se requiere una actuación urgente e imprescindible; queda por analizar la importancia que el tema tiene para el proceso penal. Pues, bien, en el proceso penal, las diligencias de investigación tienen por finalidad recabar los elementos de convicción que luego sirvan como pruebas en la fase de enjuiciamiento; pero, esta eficacia probatoria solo será posible, si los actos de investigación se realizaron conforme establece la ley, y principalmente, respetando los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Siendo el Fiscal un profesional del Derecho, es razonable pensar que tendrá cuidado en el cumplimiento de los procedimientos y requisitos legales para la realización de actos de investigación o de acopio de pruebas, tanto más si ellos comportan restricciones de derechos fundamentales; de ahí que los actos practicados por el mismo Fiscal gocen de una presunción de legalidad mayor que cuando se ordena a la policía su realización –exclusión hecha de los actos de investigación técnicos y científicos, que siempre son delegados a la policía–. Pero tal presunción se debilita sensiblemente, e incluso se disipa hasta llegar a la situación inversa, esto es, a la presunción de ilegalidad, cuando la policía realiza diligencias urgentes e imprescindibles, que por su naturaleza no cuentan con la autorización del Fiscal.

En cualquier caso es de reconocer que, desde la perspectiva de la defensa del imputado, todos los actos de investigación suelen presumirse ilegales –técnica forense nada cuestionable–, y es por esa razón que, antes y ahora, los abogados proceden a análisis rigurosos para determinar si corresponde o no cuestionar la regularidad de la obtención de las fuentes de prueba, e incluso su licitud o constitucionalidad.

Para contrarrestar esta duda de legalidad que, cual manto oscuro, cubre a las diligencias de investigación realizadas por la policía, algunos postulan que todo acto de investigación policial deba contar previamente con un “control de calidad jurídica” realizado por el Fiscal, que podría fácilmente lograrse mediante una comunicación telefónica; sin embargo, es de recordar que las actuaciones policiales urgentes e imprescindibles tienen tales características que, en su mayor parte –salvo casos excepcionales–, no permiten previa comunicación del efectivo policial con el Fiscal.

Es en este escenario en el que reside el aspecto de mayor relevancia del tema objeto de este comentario, pues, la interpretación que el efectivo policial, lego en Derecho, pueda atribuirle a lo establecido en el artículo 67.1, literal j, del Código Procesal Penal, que permite a la policía “allanar locales de uso público o abiertos al público”, será siempre un asunto debatido y debatible, con mayor razón si se toma en cuenta su vinculación con los derechos fundamentales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad.

II. LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO COMO UN DERECHO HUMANO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO POR PROTEGER INTRÍNSICAMENTE LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, DE LA PERSONA

El Derecho a la inviolabilidad de domicilio es un derecho fundamental previsto, con mayor o menor precisión, en el artículo 12² de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el artículo 11, inciso 2³, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica; en el artículo 5⁴ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en el artículo 17, inciso 1⁵, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Constitucionalmente reconocido por el Estado peruano en el artículo 2, inciso 9, del Texto Constitucional de 1993, al prescribir que toda persona tiene derecho “A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él

-
- 2 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.
 - 3 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.
 - 4 “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada”.
 - 5 “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

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.(...)”.

Lo que intrínsecamente se resguarda a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio es la intimidad personal y familiar de las personas que lo habitan, y si bien este derecho —a la intimidad— constituye un derecho fundamental independientemente reconocido en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución⁶, no obstante, se encuentra vinculado y conexo por su ámbito de afectación al derecho a la inviolabilidad del domicilio. Esta conexión entre ambos derechos, descarta que mediante la inviolabilidad de un domicilio se ampare la posesión, o la invulnerabilidad de cualquier derecho real que el propietario o poseedor del domicilio pueda ejercer sobre él; en ese sentido, ha señalado González-Cuéllar Serrano⁷, de la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que la definición constitucional de domicilio no puede realizarse desde una perspectiva jurídico-privada o jurídico-administrativa, basada en el hecho de la residencia habitual o simplemente en el de punto de localización de derechos y obligaciones; necesariamente el concepto constitucional de domicilio ha de ser más amplio, pues, siendo su fundamento la vida privada, es claro que ella no solo se manifiesta en el lugar que constituye el domicilio civil, o en el que habitualmente se tiene como residencia.

Ciertamente hay una tendencia a dar amplitud al concepto constitucional de domicilio, que ha llevado a vincularlo con cualquier lugar cerrado sin importar el título jurídico que ostenta el titular, sea que se utilice como residencia estable o transitoria; sin embargo, por más amplitud que se pretenda, no puede sostenerse que cualquier lugar cerrado reviste la consideración de domicilio⁸, pues, por ejemplo, un depósito es un lugar cerrado, pero no un domicilio. No obstante, si la persona hace de este depósito su domicilio, pues es en ese lugar donde realiza diversas actividades que con-

6 Toda persona tiene derecho: “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

7 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. “Entrada y registro en el domicilio”. En: *La Restricción de los Derechos Fundamentales de la Persona en el Proceso Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 120; BARRIENTOS PACHO, Jesús María. “Entrada y registro en domicilio particular”. En: *La prueba en el proceso penal*. Manuales de Formación Continuada N° 12, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 302.

8 CABEZUDO BAJO, María José. “La entrada y registro domiciliario en el proceso penal”. En: *Investigación y prueba en el proceso penal*. Nicolás González-Cuéllar Serrano (director), Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 123.

vencionalmente se identifican como vida privada o intimidad, por ejemplo, duerme, prepara sus alimentos, realiza su aseo personal, entre otros, es obvio que constituirá un domicilio merecedor de protección constitucional, con lo cual debe tenerse en cuenta siempre las características del caso concreto para determinar si un lugar cerrado constituye o no un domicilio desde la perspectiva constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los ámbitos que constituyen el domicilio constitucional; así, en la sentencia recaída en el Exp. N° 04085-2008-PHC/TC, del 10 de diciembre de 2008, ha señalado lo siguiente:

“3. La definición constitucional de domicilio no puede ser entendida en los mismos términos que el Código Civil ha regulado esta institución. Como dice Bidart Campos, en el Derecho Constitucional el domicilio es entendido como la ‘morada destinada a la habitación y al desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio’. Es decir, la institución del domicilio en términos constitucionales debe ser entendida de manera amplia; por ejemplo, la habitación de un hotel constituye domicilio, la oficina particular donde una persona ejerce su profesión debe ser entendida como domicilio.

4. En ese sentido, también cabe señalar que coadyuvan a la configuración del citado domicilio constitucional algunos elementos, a saber:

- i) El elemento físico: El domicilio es el espacio en el cual la persona vive sin estar sujeta a condiciones de comportamiento y en el cual ejerce su libertad más íntima.*
- ii) El elemento psicológico: Supone la intención personal de habitar un lugar como morada, sea de manera permanente o de manera transitoria, aun cuando dicho lugar no reúna las condiciones mínimas para ello. Según la concepción del domicilio constitucional, se exige habitación pero no necesariamente esta debe estar caracterizada por la continuidad.*
- iii) El elemento autoprotector: Está referido a la exclusión de terceros del lugar destinado a la morada⁹.*

También es importante resaltar la extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad de domicilio a favor de las personas jurídicas; cierto

9 En similares términos, la sentencia emitida en el Exp. N° 03051-2011-PHC/TC, de fecha 27 de septiembre del 2011.



es que el Tribunal Constitucional español mantuvo una postura restrictiva en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del precepto que reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución española), pero, finalmente, terminó extendiéndolo a las personas jurídicas en la STC 137/1985, de 17 de diciembre, y que luego ha sido ampliamente abordado en las Sentencias N° 144/1987 y 64/1988.

En el ámbito peruano, el Tribunal Constitucional sostuvo, en términos generales, que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales, en tanto estos sean extensibles y no estrictamente personalísimos¹⁰; y fue recién hace pocos años que se decantó por establecer específicamente que *"(...) las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que estas pueden ser titulares de espacios físicos para desarrollar su objeto social."*¹¹

El criterio establecido por el Tribunal Constitucional peruano, para extender la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a favor de las personas jurídicas, no resulta del todo satisfactorio, dado que, llevaría a asumir que el derecho a la inviolabilidad del domicilio de una empresa dedicada a la realización de espectáculos musicales, que es titular de un salón, auditorio o un terreno cercado, se concreta en dichos ámbitos físicos, toda vez que en ellos se realiza su objeto social. De ahí que nos parezca más correcto el criterio establecido por el Tribunal Constitucional español, al señalar que el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas solo se extiende a *los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros*¹².

Establecido el concepto de domicilio y la extensión de su titularidad a favor de las personas jurídicas, corresponde analizar la regulación jurídico-procesal del allanamiento, y más específicamente del allanamiento de locales de uso público o abiertos al público.

10 Véase las sentencias de los expedientes. N° 0905-2001-AA/TC y 1049-2003-AA/TC.

11 Sentencia del Exp. N° 2389-2009-PA/TC, de fecha 07 de diciembre del 2009.

12 STC 69/1999, de fecha 26 de abril de 1999.



III. EL ALLANAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PROCESAL PENAL

Aludir a la regulación del allanamiento en nuestro vigente ordenamiento jurídico procesal penal, puede llevar a alguna confusión por la diversidad de normas que lo abordan; es cierto que el Código de Procedimientos Penales, todavía vigente, no recoge en sus artículos esta diligencia propia de la etapa de la instrucción, lo que en ningún caso ha impedido su realización, pero, la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, así como la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, sí lo hacen. Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004, también vigente en parte del territorio nacional, siguiendo a las leyes especiales que lo preceden, ha regulado el allanamiento como una medida de búsqueda de pruebas en el proceso penal.

La confusión se presenta en el momento de indagar en qué consiste el allanamiento y sobre qué objetos se realiza; en relación a este último punto existe cierta tendencia a concebir el allanamiento como una diligencia que recae sobre el domicilio, entendiendo por domicilio el lugar en el que se desarrolla la vida privada e íntima de una persona, y que es objeto de protección a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio que la Constitución reconoce. Sin embargo, esta posición no ha sido la acogida por el legislador peruano, quien ha considerado que el objeto de allanamiento no solo puede ser un domicilio, sino, también, un local cerrado que no constituye domicilio, así como un local de uso público o abierto al público.

En efecto, la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, en su artículo 2, numeral 7, establece que el Fiscal podrá solicitar al Juez el *“allanamiento de inmuebles o lugares cerrados fuera de los casos de flagrante delito o de peligro inminente de su perpetración”*; por su parte, la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía y del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en su artículo 1, numeral 10, establece que la Policía, cuando el Fiscal no puede asumir la conducción de la investigación, podrá, entre otras diligencias, *“allanar y/o ingresar en locales de uso público o abiertos al público, en caso de delito flagrante”*; en tanto que el Código Procesal Penal, en su artículo 214, numeral 1, establece que fuera de los casos de flagrancia o grave peligro de su perpetración, *“el Fiscal solicitará el allanamiento y registro domiciliario de una casa habitación, casa de negocio, en sus dependencias cerradas, o en recinto habitado temporalmente, y de*

cualquier otro lugar cerrado, siempre que sea previsible que le será negado el ingreso en acto de función a un determinado recinto”.

Aclarado ese punto, queda por responder la pregunta en qué consiste la diligencia de allanamiento; bueno, aquí la tendencia ha sido considerar que allanamiento es el acto de ingresar, y no más, a un domicilio –en realidad a diversos lugares y no solo a domicilios, conforme antes vimos–. Esta posición de alguna manera encuentra su respaldo en las Leyes N° 27379 y 27934, antes citadas, y también en el Diccionario de la Real Academia Española que define el allanamiento como “*entrar en casa ajena contra la voluntad del dueño*”; sin embargo, parece inconcebible un ingreso que no implique un registro, y de ahí precisamente que el Código Procesal Penal señale que el Fiscal solicitará el allanamiento y registro, y no solo el allanamiento; además, es la misma Constitución que, al reconocer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, hace alusión al ingreso y registro en el domicilio, prohibiendo dichas conductas en tanto en cuanto no haya autorización de la persona que lo habita, mandato judicial o flagrante delito.

En la doctrina, este asunto no ha sido pasado por alto; así, para Sara Aragonés¹³, todo registro de un lugar presupone su penetración, mientras que la entrada no siempre implica la realización de operaciones de búsqueda y reconocimiento propios de aquél; de manera que, puede entrarse a un domicilio si hay indicios de encontrarse en tal lugar a la persona presuntamente responsable del delito (para detenerla), o puede entrarse y registrarse si se sospecha de efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación; con lo cual, entrada y registro no siempre van juntos; es más, para Morales Muñoz¹⁴, no toda entrada tiene porque implicar un registro, ni tampoco la detención de un sospechoso, ya que mediante otros medios tales como aparatos de filmación o escucha se pueden captar y aprehender datos suficientes que demuestren la existencia del delito perseguido, la localización del cuerpo del delito o la obtención de datos que permitan continuar con la investigación del mismo.

-
- 13 ARAGONÉS MARTÍNEZ, Sara, en DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, y otros, *Derecho Procesal Penal*, 5ta. Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, pág. 362. En pie de página N° 09, se alude a que la penetración o entrada se realiza también por medio de aparatos mecánicos, electrónicos y otros análogos (STC 22/1984, del 17 de febrero).
- 14 MORALES MUÑOZ, Emilia. “Diligencia de investigación: Registro domiciliario: cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia”, en: *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año 61, N° 2036, 2007, pág. 1845.

En sentido contrario, Roxin¹⁵ ha señalado que el registro tiene por fin la búsqueda, ya de objetos ocultos que tengan vinculación al delito investigado, ya del mismo sospechoso; y esto nos permite concluir que, encontrándose los bienes delictivos o el sospecho en un lugar determinado –sea domicilio o no–, primero deberá ingresarse a ese lugar y luego proceder al registro.

Aunque eventualmente la entrada no tenga como fin el registro, caso improbable, pero no imposible, su tratamiento legal conjunto está justificado por su íntima conexión operativa y conceptual, tanto más si la Constitución hace alusión a ambas actividades; por ello, nuestra posición es que debe considerarse la diligencia de allanamiento como aquella que consiste en ingresar y registrar en un determinado lugar, e inclusive, la denominación debe cambiarse a diligencia de ingreso y registro, sea de un domicilio, un lugar cerrado, o de un lugar abierto al público. Pese a lo dicho, podrá objetarse que la expresión ingreso y registro no coincide con la denominación de la diligencia dispersamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico procesal vigente; con todo, este divorcio resulta más aparente que real, pues, del contenido de ambas leyes (en especial la primera), así como de la regulación del Nuevo Código, vemos que la expresión utilizada por nosotros, no es sino, el desarrollo del mismo allanamiento.

IV. LOS LOCALES DE USO PÚBLICO O ABIERTO AL PÚBLICO COMO OBJETOS DEL ALLANAMIENTO

La Constitución y las leyes que regulan el proceso penal no han establecido qué debe entenderse por local de uso público o abierto al público, de manera que corresponde esbozar algunas ideas al respecto; en general, y sin pretensión de exhaustividad, puede considerarse que lugares de uso público son aquellos donde cualquier persona tiene derecho a ingresar, a circular, a transitar, esto es, son lugares de dominio público, de propiedad pública, de uso colectivo, quedando comprendidas en tal definición los parques que estén cercados, edificios públicos como bibliotecas, hospitales y todo lugar de propiedad pública, cuyo acceso y utilización eventualmente puede exigir ciertos costos y horarios, e incluso requisitos; en cambio, lugares abiertos al público son aquellos que son de propiedad privada, pero de uso público como los centros comerciales, las salas de cine, los restaurantes, y otros, cuyo acceso eventualmente también puede estar sujeto a determinados costos, horarios y requisitos.

15 ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 315.



Ahora bien, sobre esa base, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, así como los aportes doctrinales antes referidos, cabe concluir que los lugares de uso público o abiertos al público no constituyen el domicilio al que se refiere la Constitución Política en su artículo 2, numeral 9, donde reconoce el derecho de toda persona a la inviolabilidad de su domicilio. Tal aseveración tiene como consecuencia lógica que, el ingreso y registro en esos lugares, no requieran autorización judicial previa, consentimiento de la persona que los detenta, ni tampoco la concurrencia de un supuesto de flagrante delito o grave peligro de su perpetración; no obstante, el legislador peruano no lo apreció así, pues, en la Ley N° 27934 estableció que la Policía puede allanar y/o ingresar en locales de uso público o abiertos al público, únicamente en caso de flagrante delito, dándole así un tratamiento semejante al que corresponde al domicilio constitucional, que nos parece incorrecto¹⁶.

Pese a lo antes dicho, esto es, que los lugares de uso público o abierto al público no constituyen domicilio, es de tener en cuenta que algunos de esos lugares pueden tener ambientes privados destinados a las personas físicas que trabajan en ellos, o destinados a los órganos de representación de las personas jurídicas que son titulares de dichos lugares, y que eventualmente pueden constituir el domicilio al que se refiere la Constitución Política; con todo, la determinación de cuando algún ambiente de un local de uso público o abierto al público constituye domicilio constitucional es un asunto controvertido y controvertible, que incluso demandará que Fiscales y Jueces hagan cuidadosos análisis dogmáticos en atención a cada caso en concreto, sin que ello excluya, por supuesto, eventuales errores.

Si la situación antes descrita vislumbra un panorama preñado de incertidumbre, ubicados en el contexto de la actividad policial de investigación del delito, especialmente cuando se actúa sin conocimiento previo del Fiscal, la preocupación por las interpretaciones erróneas y los excesos en que podría incurrirse se torna tan intensa como inevitable; esto halla su explicación en el dato de que los efectivos policiales no son profesionales del Derecho, y que su intervención se produce en el marco de lo urgente e imprescindible. Por ello, no resulta exagerado pensar que en un caso concreto, el efectivo policial allane un lugar abierto al público, como es un restaurante, y creyendo que

16 Para SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 447, esta posición del legislador es un error que fue corregido por el Proyecto del Código Procesal Penal de 1995; y teniendo en cuenta el texto del Código Procesal Penal vigente, podemos afirmar que la corrección se ha mantenido.



todo el local constituye un lugar abierto al público, ingrese a la habitación de quien se desempeña como mozo o cajero.

Ante estos posibles problemas se considera que la solución estaría en capacitar de mejor forma a la Policía, lo que innegablemente coadyuvaría a reducir las afectaciones a los derechos fundamentales en el desarrollo de la investigación policial; sin embargo, la experiencia ha enseñado que la constante capacitación no basta debido a la diversidad de casos que se pueden presentar en la realidad. Por ello, no resulta desdeñable inculcar a los policías que, si tienen la posibilidad material y efectiva de consultar con el Fiscal antes de proceder con la intervención –el ingreso y registro a un lugar de uso público o abierto al público–, lo hagan indefectiblemente; en cualquier caso, es claro que la previa consulta o coordinación con el Fiscal no legitima per se la diligencia realizada, pero, tal proceder hace previsible que puedan evitarse algunos excesos y arbitrariedades.

Esta incertidumbre en la determinación de lo que constituye un lugar de uso público o abierto al público, y principalmente en la identificación de sus recintos o ambientes que podrían constituir un domicilio, o un lugar cerrado, puede llevar a la posición extrema de considerar que tal atribución policial en la investigación del delito constituye un error del legislador, y que todo allanamiento realizado a un local de uso público o privado, abierto o cerrado al público, al domicilio constitucional de una persona natural o jurídica, de una casa comercial, de una habitación, de una dependencia o de cualquier otro lugar cerrado, debe regirse por las reglas previstas en los artículos 214, 215, 216 y 217 del Código Procesal Penal, salvo en los supuestos de consentimiento de su titular, flagrante delito o grave peligro de su perpetración. Ahora bien, es de advertir que, sostener ello, en buena cuenta es plantear una modificación del artículo 68.1, literal j), del Código Procesal Penal, pero, en tanto tal modificación no ocurra, debe reconocerse que tal precepto legal está vigente y con carácter imperativo, pues, en principio, esa es la naturaleza de toda norma procesal; de esta manera no corresponden sino aplicar dicho precepto con las precauciones y preocupaciones que él inspira, salvo que pueda sostenerse fundadamente que aquel vulnera la Constitución.

Desde nuestra perspectiva, la atribución concedida a la Policía para allanar locales de uso público o abiertos al público, no solo no vulnera la Constitución, sino, que, resulta necesaria y pertinente; pues, no cabe excluir la posibilidad de que el dueño de un restaurante, de una discoteca, de un centro comercial, o de otro lugar abierto al público, o inclusive, el responsable de una biblioteca municipal, un hospital o de otro local de uso público, impida el ingreso de la policía alegando el derecho fundamental a la inviolabilidad

del domicilio, o alegando que el Código Procesal Penal requiere autorización judicial previa para ingresar a un local cerrado.

V. LAS ACTUACIONES QUE PUEDEN REALIZARSE EN EL ALLANAMIENTO DE LUGARES DE USO PÚBLICO O ABIERTO AL PÚBLICO

Al no constituir estos locales el domicilio al que se refiere la Constitución Política, la Policía podrá ingresar a los mismos en función de prevención, esto es, de verificar que no se esté cometiendo ningún delito, ni se esté alterando el orden y la seguridad ciudadana; es más, asumiendo que el allanamiento de ordinario viene acompañado del registro, conforme hemos señalado líneas arriba, tal diligencia también podrá ejecutarse, aunque únicamente en el ámbito que todavía pueda considerarse de uso público o abierto al público. De manera que, ingresar a un centro comercial no puede llevar a que el efectivo policial ingrese y registre el ambiente que el representante de dicho local tiene para el cumplimiento de su actividad laboral, pues, al ser este un local cerrado, deberá requerirse previamente autorización judicial conforme establece el artículo 214, numeral 1, del Código Procesal Penal; y ello con independencia de que tal recinto sea o no domicilio desde la perspectiva constitucional.

Sobre el ingreso y registro en locales abiertos al público, que cuentan con zonas no accesibles al público, aspecto que también está vinculado al domicilio de las personas jurídicas, el profesor español Alonso Pérez, siguiendo a sus colegas Queralt y Jiménez Quintana, ha señalado lo siguiente:

“Así, en las zonas abiertas al público en general (la sala de una discoteca, la parte destinada a los clientes de un bar o el patio de operaciones de un banco), dado que son accesibles a todas las personas, también lo serán para los funcionarios policiales, sin necesidad de mandamiento alguno.

Sin embargo, para la entrada y registro en las dependencias no accesibles al público en general estas han de ser tenidas como el propio domicilio, debiendo entenderse como titular el representante legal o encargado de la custodia o conservación del edificio”¹⁷.

Por otro lado, encontrándose dentro del local de uso público o abierto al público, con exclusión de los recintos que aun ubicados en dichos locales deban considerarse locales cerrados, el efectivo policial también podrá realizar otras diligencias de investigación o aseguramiento según las características del

17 ALONSO PÉREZ, Francisco. *Medios de Investigación en el Proceso Penal*. 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2003, p. 316.



caso concreto, todo ello al amparo de los artículos 67, numeral 1, y 68 numeral 1, del Código Procesal Penal, concordantes con otros artículos que también regulan la investigación o la búsqueda de pruebas en el proceso penal; así, por ejemplo, podrá practicar el registro de las personas que se encuentren en dichos locales públicos, obviamente si considera que puedan estar ocultando en sus cuerpos bienes relacionados al delito, y proceder a la incautación de bienes relacionados al delito cuando considere que existe peligro por la demora, conforme establecen los artículos 210.1 y 316.1, del citado Código.

Esto no significa que en tal escenario pueda, por ejemplo, detener a cualquier persona que también esté en dicho local, pero, si dentro del local abierto al público constata un delito flagrante, es obvio que podrá detener a su autor, y no porque la atribución de allanar locales abiertos al público se lo permita, sino, por el mismo hecho de la flagrancia; estos son aspectos que conviene distinguir adecuadamente.

VI. A MANERA DE ÚLTIMA REFLEXIÓN

Siempre que el abogado realiza el análisis de una institución jurídica, de unos preceptos legales, o de un problema concreto, termina descubriendo que el tema excede en demasía sus reflexiones y propuestas, y que en realidad existen más aspectos problemáticos entremezclándose con otros muchos y distintos asuntos. Ocioso es decirlo, pero, en este caso, no hemos sido la excepción.

Es por esa razón que estas últimas líneas no están dedicadas a comunicar nuestras conclusiones, sino, a establecer algunos de los problemas que no hemos logrado abordar; sin ánimo de exhaustividad, tenemos los siguientes:

- ¿Los horarios para el ingreso a un local abierto al público, qué relevancia pueden tener para el ejercicio de la atribución policial en comento?
- ¿Los locales en los que ciertas entidades públicas desempeñan sus funciones, son de uso público o abiertos al público?; ¿podrá darse algún tratamiento diferenciado en tales supuestos?
- ¿Son los templos y clubes privados, locales abiertos al público?
- ¿Los excesos y errores en la realización de la diligencia en comento, deben tratarse como supuestos de irregularidad o de ilicitud en la obtención de las fuentes de prueba



CAPÍTULO VI
LA EXHIBICIÓN FORZOSA Y LA INCAUTACIÓN

SUBCAPÍTULO I
LA EXHIBICIÓN E INCAUTACIÓN DE BIENES

Artículo 218. Solicitud del Fiscal

1. *Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.*
2. *La Policía no necesitará autorización del Fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal. En todos estos casos, el Fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al Juez de la Investigación Preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria.*

Artículo 219. Contenido de la resolución

1. *La resolución autoritativa especificará el nombre del Fiscal autorizado, la designación concreta del bien o cosa cuya incautación o exhibición se ordena y, de ser necesario, autorización para obtener copia o fotografía o la filmación o grabación con indicación del sitio en el que tendrá lugar, y el apercibimiento de Ley para el caso de desobediencia al mandato.*
2. *Se aplicará, en lo pertinente, las mismas reglas para la resolución confirmatoria.*

Artículo 220. Diligencia de secuestro o exhibición

1. *Obtenida la autorización, el Fiscal la ejecutará inmediatamente, contando con el auxilio policial. Si no se perjudica la finalidad de la diligencia, el Fiscal señalará día y hora para la realización de la diligencia, con citación de las partes. Al inicio de la diligencia se entregará copia de la autorización al interesado, si se encontrare presente.*
2. *Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos*



de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto.

Corresponde al Fiscal determinar con precisión las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, asimismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio.

3. *Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se tomen bajo custodia y –si es posible– se inscribirá en el registro correspondiente. Si se trata de bienes inmuebles o de un derecho sobre él, adicionalmente a su ocupación, se operará de manera que se anote en el registro respectivo dicha medida, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva.*
4. *Lo dispuesto en los dos numerales anteriores es aplicable cuando la exhibición o incautación es realizada por la Policía o el Fiscal en los casos previstos en el artículo 216.2.*
5. *La Fiscalía de la Nación, a fin de garantizar la autenticidad de lo incautado, dictará el Reglamento correspondiente a fin de normar el diseño y control de la cadena de custodia, así como el procedimiento de seguridad y conservación de los bienes incautados.*

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal)

Artículo 221. Conservación y Exhibición

1. *Según la naturaleza y estado del bien incautado, se dispondrá su debida conservación o custodia.*
2. *En el caso de la exhibición se describirá fielmente en el acta lo constatado, sin perjuicio de reproducirlo, empleando el medio técnico disponible.*

Artículo 222. Devolución de bienes incautados y entrega de bienes sustraídos

1. *El Fiscal y la Policía con conocimiento del primero podrá devolver al agraviado o a terceros los objetos incautados o entregar los incautados que ya fueron utilizados en la actividad investigadora, con conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria. Asimismo podrá devolverlos al imputado si no tuvieren ninguna relación con el delito. La devolución podrá ordenarse provisionalmente y en calidad de depósito, pudiendo disponerse su exhibición cuando fuera necesario.*

Los bienes sustraídos serán entregados al agraviado.

2. *Si el Fiscal no accede a la devolución o entrega, el afectado podrá instar, dentro del tercer día, la decisión del Juez de la Investigación Preparatoria.*

Artículo 223. Remate o subasta del bien incautado^(*)

1. *Cuando no se ha identificado al autor o al perjudicado, el bien incautado, transcurridos seis meses, es rematado. El remate se realiza, previa decisión de la Fiscalía que conoce del caso si no se ha formalizado la Investigación Preparatoria o previa orden del Juez de la Investigación Preparatoria si existe proceso abierto, a pedido del Fiscal.*
2. *El remate se llevará a cabo por el órgano administrativo competente del Ministerio Público, según las directivas reglamentarias que al efecto dicte la Fiscalía de la Nación. En todo caso, se seguirán las siguientes pautas:*
 - a) *Valorización pericial;*
 - b) *Publicación de un aviso en el periódico oficial o en carteles a falta de periódico.*
3. *El producto del remate, descontando los gastos que han demandado las actuaciones indicadas en el numeral anterior, será depositado en el Banco de la Nación a la orden del Ministerio Público si no se formalizó Investigación Preparatoria y, en partes iguales, a favor del Poder Judicial y del Ministerio Público si existiere proceso abierto. Si transcurrido un año ninguna persona acredita su derecho, el Ministerio Público o el Poder Judicial, dispondrán de ese monto, constituyendo recursos propios.*
4. *Cuando se trate de objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos cuya titularidad haya sido declarada a favor del Estado mediante un proceso de pérdida de dominio y en los casos de incautación o decomiso de bienes, efectos o ganancias establecidos en las normas ordinarias por la comisión de delitos en agravio del Estado, la Comisión Nacional de Bienes Incautados - CONABI procederá a la subasta, en la forma y procedimiento establecido por la normatividad de la materia. El producto de esta subasta pública se destinará preferentemente a la lucha contra la minería ilegal, la corrupción y el crimen organizado, conforme al Reglamento de la materia.^(**)*

^(*) *Extremo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1104, publicado el 19-04-2012.*

^(**) *Numeral incorporado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1104, publicado el 19-04-2012.*



SUBCAPÍTULO II
LA EXHIBICIÓN E INCAUTACIÓN DE ACTUACIONES Y DOCUMENTOS
NO PRIVADOS

Artículo 224. Incautación de documentos no privados. Deber de exhibición. Secretos

1. *También pueden ser objeto de exhibición forzosa o incautación las actuaciones y documentos que no tienen la calidad de privados. Cuando se trate de un secreto de Estado, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de que proceda, en lo pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo 165 numerales 2) y 3).*

El que tenga en su poder los actos y documentos requeridos está obligado a exhibirlos o entregarlos inmediatamente al Fiscal, incluso su original, y todo objeto que detenten por razones de su oficio, encargo, ministerio o profesión, salvo que expresen que se trata de un secreto profesional o de Estado.

El afectado, salvo los casos de invocación de secreto de Estado, podrá instar la intervención judicial, para establecer si correspondía la exhibición o incautación de todos los documentos o actos intervenidos por el Fiscal.

2. *Cuando se invoque secreto profesional, el Fiscal realizará las indagaciones necesarias a ese efecto, siempre que resulte indispensable para la marcha de las investigaciones, y si considera infundada la oposición a la exhibición o incautación, instará la intervención judicial. El Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, si considera fundada la petición del Fiscal ordenará la incautación.*
3. *Cuando se invoque secreto de Estado, el Fiscal acudirá al Presidente del Consejo de Ministros solicitando confirme ese carácter. En caso se confirme la existencia del secreto y la prueba sea esencial para la definición de la causa, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación preparatoria, para que previa audiencia con asistencia de las partes decida si clausura la investigación por existir secreto de Estado.*

Artículo 225. Copia de documentos incautados

1. *El Fiscal podrá obtener copia de las actuaciones y de los documentos incautados, restituyendo los originales. Cuando mantenga la incautación de los originales, podrá autorizar la expedición gratuita de copia certificada a aquellos que los detentaban legítimamente.*
2. *Los servidores o funcionarios públicos podrán expedir copias, extractos o certificaciones de los documentos restituidos, en original o copia, por el Fiscal, pero deberá hacer mención en ellos de la incautación existente.*



3. *A la persona u oficina ante la que se efectuó la incautación, debe entregársele copia del acta de incautación realizada.*
4. *Si el documento incautado forma parte de un volumen o un registro del cual no puede ser separado y el Fiscal no considera conveniente extraer copia, el volumen entero o el registro permanecerá en depósito judicial. El funcionario Público con la autorización del Fiscal, expedirá a los interesados que lo soliciten, copias, extractos o certificados de las partes del volumen o registro no sujetas a incautación, haciendo mención de la incautación parcial, en las copias, extractos y certificados.*
5. *Los afectados podrán instar la intervención del Juez de la Investigación Preparatoria cuando la disposición del Fiscal afecta irrazonablemente sus derechos o intereses jurídicos. El Juez se pronunciará previa audiencia con asistencia de los afectados y de las partes.*

CAPÍTULO VII

EL CONTROL DE COMUNICACIONES Y DOCUMENTOS PRIVADOS

SUBCAPÍTULO I

LA INTERCEPTACIÓN E INCAUTACIÓN POSTAL

Artículo 226. Autorización

1. *Las cartas, pliegos, valores, telegramas y otros objetos de correspondencia o envío postal, en las oficinas o empresas –públicas o privadas– postales o telegráficas, dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquellos de los cuales por razón de especiales circunstancias, se presumiere emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, pueden ser objeto, a instancia del Fiscal al Juez de la Investigación Preparatoria, de interceptación, incautación y ulterior apertura.*
2. *La orden judicial se instará cuando su obtención sea indispensable para el debido esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, estrictamente reservada y sin conocimiento del afectado, se prolongará por el tiempo estrictamente necesario, el que no será mayor que el período de la investigación.*
3. *Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de él.*
4. *El Juez de la Investigación Preparatoria resolverá, mediante trámite reservado e inmediatamente, teniendo a la vista los recaudos que justifiquen el requerimiento fiscal. La denegación de la medida podrá ser apelada por el Fiscal, e igualmente se tramitará reservada por el Superior Tribunal, sin trámite alguno e inmediatamente.*

Artículo 227. Ejecución

1. *Recabada la autorización, el Fiscal –por sí o encargando su ejecución a un funcionario de la Fiscalía o un efectivo Policial– realizará inmediatamente la diligencia de interceptación e incautación. Acto seguido examinará externamente la correspondencia o los envíos retenidos, sin abrirlos o tomar conocimiento de su contenido, y retendrá aquellos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. De lo actuado se levantará un acta.*
2. *La apertura se efectuará en el despacho Fiscal. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario –directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones–. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del Fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa.^(*)*

() Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*

- "2. La apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el Fiscal lo considere más conveniente para los fines de la investigación, atendiendo a las circunstancias del caso. El Fiscal leerá la correspondencia o revisará el contenido del envío postal retenido. Si tienen relación con la investigación dispondrá su incautación, dando cuenta al Juez de la Investigación Preparatoria. Por el contrario, si no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos a su destinatario, directamente o por intermedio de la empresa de comunicaciones. La entrega podrá entenderse también con algún miembro de la familia del destinatario o con su mandatario o representante legal. Cuando solamente una parte tenga relación con el caso, a criterio del fiscal, se dejará copia certificada de aquella parte y se ordenará la entrega a su destinatario o viceversa".*
3. *En todos los casos previstos en este artículo se redactará el acta correspondiente.*

Artículo 228. Diligencia de reexamen judicial

1. *Cumplida la diligencia y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del*



afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado.

- 2. La audiencia se realizará con asistencia del afectado, de su defensor y de las demás partes. El Juez decidirá si la diligencia se realizó correctamente y si la interceptación e incautación han comprendido comunicaciones relacionadas con la investigación.*

Artículo 229. Requerimiento a tercera persona

Si la persona en cuyo poder se encuentra la correspondencia, al ser requerida se niega a entregarla, será informada que incurre en responsabilidad penal. Si persiste en su negativa, se redactará acta de ésta y seguidamente se le iniciará la investigación pertinente.

Si dicha persona alegare como fundamento de su negativa, secreto de Estado o inmunidad diplomática, se procederá conforme al numeral 3) del artículo 224 en el primer caso y se solicitará informe al Ministerio de Relaciones Exteriores en el segundo caso.

COMENTARIO:

INCAUTACIÓN Y EXHIBICIÓN

JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA*

I. INTRODUCCIÓN

En el proceso existe una diversidad de actos procesales que tienen diversa finalidad y diverso trámite, así como diferentes efectos, unos destinados a recurrir, otros a postular, y algunos a ingresar medios de prueba.

En el proceso penal, a diferencia de civil, existe una investigación llevada a cabo por el fiscal, en este contexto para cumplir su finalidad, que es la descubrir la realidad de los hechos, tiene diversas opciones, entre estas, realizar actos procesales de búsqueda de prueba y restricción de derechos, medios de investigación y medidas de coerción.

La incautación es una de estas medidas destinadas a asegurar bienes, objetos encontrados en el lugar de los hechos o que pueda servir para probar algo en el proceso penal, a su vez también tiene la función de servir para resguardar bienes que serán pasibles de decomiso.

* Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, coordinador del Área de Investigación de Derecho Procesal Penal del Instituto de Derecho Público. IIDP-*scientia*.



Para imponer esta medida se requiere que se respeten ciertos principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina, pues la incautación implica afectar el derecho fundamental al patrimonio, por ello, cuando se ponga en acción esta medida, deberá autorizarla el juez a pedido de parte, emitiendo una resolución motivada que respete el principio de proporcionalidad y el de legalidad.

En el proceso de reforma procesal se ha dado una serie de discusiones que tienen que ver con la interpretación de esta medida, pues al estar regulados tanto en el capítulo de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y dentro de las medidas de coerción procesal, se ha discutido si es una u otra, habiendo una duplicidad de regulaciones o si es que se trata de dos diligencias distintas.

Asimismo, si dentro de su actuación es necesario que se instaure una audiencia a fin de poder confirmar la incautación que se hubiere realizado, por razones de flagrancia o peligro, por la policía o el fiscal. También analizaremos el contenido de la norma que señala que esta confirmación debe ser inmediata.

Por último veremos la diligencia de exhibición que viene a ser una medida que restringe derechos, pero subsidiaria de la incautación.

II. LOS PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN (ARTÍCULO VI NCPP)

El proceso penal del NCPP es uno mejorado, respecto al que teníamos en el CdePP, a partir de las bases que informan este nuevo modelo del proceso penal. Así tenemos que este se adscribe a un modelo de enjuiciamiento acusatorio.

Este modelo acusatorio es propio de un Estado de Derecho, por ello, tiene al ser humano como base del tratamiento al procesado, quien es considerado como un sujeto de derechos y no un mero objeto. De aquí que el sistema acusatorio sea respetuoso de la dignidad humana.

Pero esto no significa que el modelo acusatorio abdique de su misión de llegar a la verdad y, en su caso, llevar al juez a la convicción de que el procesado ha cometido el delito y luego de declarar su culpabilidad, sancionarlo.

Por ello es que este sistema acusatorio combina la protección de las garantías y derechos del imputado y su misión de ser eficiente en la búsqueda de la verdad acerca del caso del que tiene conocimiento.

Por ello es que se regulan de forma detallada en este NCPP todas las medidas de coerción aplicables en el proceso penal, tanto las medidas de coerción personal y real, como las medidas limitativas de derechos.



Estas medidas tienen en común que restringen derechos fundamentales, de ahí que sean eficaces en la persecución de delitos y, por tanto, sean idóneos para llegar a la verdad, pues al afectar la intimidad, la libertad, el secreto de las comunicaciones, etc., se logra encontrar fuentes de pruebas, cuidar las ya obtenidas, entre otros fines más, de ahí su importancia.

Para que esta afectación sea legítima debe estar acorde a los parámetros de un Estado de Derecho, por ello, la doctrina, jurisprudencia y legislación han establecido una serie de principios que deben ser respetados por el funcionario estatal que aplique alguna medida de coerción.

El NCPP regula estos principios en el Título Preliminar, pues como se sabe el Título Preliminar es la parte del Código que sirve de criterio de interpretación de las normas que contiene, desde el primero hasta el último. En ese sentido, el Título Preliminar es también la conexión de la normativa ordinaria con la normativa constitucional, así viene a ser una extensión aplicada de esta.

De esto tenemos que el artículo VI del Título Preliminar es el marco normativo por el cual el legislador ha establecido el marco constitucional que se debe de respetar al momento de realizar una medida que implique una limitación a un derecho fundamental dentro del proceso penal, en su búsqueda de la verdad. Este marco viene dado por una serie de principios contenido en ese artículo que permitirán realizar una afectación constitucional a un derecho fundamental.

El artículo VI del Título Preliminar señala:

“Legalidad de las medidas limitativas de derechos

Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Como se puede ver, para que una medida que restringe derechos sea legítima debe de respetar los principios de jurisdiccionalidad, legalidad, motivación de las resoluciones, rogatorio y de proporcionalidad. Esto lo desarrollaremos a continuación.

1. Jurisdiccionalidad

En un Estado Derecho, las funciones de los sujetos procesales se encuentran claramente delimitadas, pues para que un proceso sea justo y equitativo debe de basarse en las reglas que un proceso penal de cuño constitucional estipula.

Así, el proceso penal debe de ser producto de una lucha entre partes, para ello se requiere de un funcionario que impute un hecho a alguien, este viene a ser el fiscal, quien perseguirá el delito. Para defenderse de la acusación, el imputado debe de tener a su costado a un profesional del derecho que le pueda brindar la asesoría correcta, por ello, se establece la defensa como contra parte de la imputación.

Al medio de estas dos partes debe de encontrarse el juez, quien debe de ser ajeno a estos intereses en conflicto, para poder cumplir su labor: la de juzgar y tomar la decisión correcta para el caso en concreto, de ahí la gran importancia de ser imparcial e independiente. En sentido contrario, el papel del fiscal tiene relación con su calidad de órgano de carácter constitucional persecutor del delito. En ese sentido, al Ministerio Público le corresponde ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como emitir dictámenes con anterioridad a la expedición de las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla, debe de recordarse que estos actos *per se* no restringen Derechos Fundamentales, pues son solo actos postulatorios.

En cambio, el órgano jurisdiccional por el principio de exclusividad jurisdiccional es el encargado de restringir ciertos derechos¹, pues al tener la responsabilidad de proteger los derechos de los imputados es el más idóneo para establecer la correcta restricción en el caso en concreto, aplicando la proporcionalidad y la debida motivación. Como señala Miranda Estrampes², como regla general, toda medida restrictiva de derechos fundamentales adoptada durante una investigación penal requiere de una previa autorización judicial, sin embargo, esto tiene excepciones, pues la policía y el Ministerio Público también pueden restringir derechos, pero esto limitado a que esté previsto en la ley y que concurren razones de urgencia o peligro en la demora, pero en todo caso se tra-

1 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*. Colex, Madrid, 1990, p. 109.

2 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. "La búsqueda de pruebas y restricción de derechos. Artículos 202 al 204 del Código Procesal Penal". En AA. VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, Lima, 2009, pp. 212 y 213.



ta de situaciones excepcionales que, además, deben ser interpretadas restrictivamente, debiéndose guiar estas diligencias bajo el principio de proporcionalidad y el respeto a la dignidad de la persona humana.

Se exige el mandamiento del juez toda vez que se considera que éste es el funcionario más idóneo para restringir derechos fundamentales, pues siendo que en un Estado de Derecho existe la división de funciones y este es un funcionario imparcial que se pone entre las partes, además tiene la función de resguardar la legalidad de las actuaciones del proceso y la salvaguarda de los derechos del imputado. Por ello, el control judicial de la investigación dirigida por el Ministerio Público debe ser efectivo para que realmente cumpla con la función de garantía que tiene encomendada y para que el nuevo sistema procesal penal sea realmente operativo³.

Es por ello que, en determinados casos, solo el juez puede ordenar limitar los derechos fundamentales y en especial en el caso de las intervenciones a las comunicaciones. El fiscal no podrá realizar tal función, pues este funcionario es una parte interesada a la cual no le compete salvaguardar los derechos fundamentales del imputado, sino la persecución del delito y de su autor cumpliendo con el principio de interdicción de la arbitrariedad⁴.

2. Legalidad

El principio de legalidad en un Estado Democrático de Derecho expresa el principio de supremacía de las leyes (la primera de las cuales es la propia Constitución), del cual se deriva la vinculación positiva a la ley del Poder Ejecutivo y del judicial y la reserva de ley para la regulación de ciertas materias, entre los que se encuentran la limitación de los derechos y libertades de los ciudadanos⁵.

Un segmento del principio general de legalidad es el principio de legalidad procesal penal⁶, que reclama tanto la regulación por normas con

3 Ibídem, p. 215.

4 Cfr. Exp. N° 7060-2006-PA/TC, f. j. 31.

5 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 70. También *vide* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 197.

6 Mir Puig ya había establecido un principio de legalidad no solo sustantivo, sino también procesal, en ese sentido señala: "Se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía criminal, una garantía penal, una garantía jurisdiccional o judicial, y una garantía de ejecución (...) la garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido". MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Quinta edición. Reppertor, Barcelona, 1998, p. 77.



rango de ley de los derechos que se ejercitan durante el proceso, como la autorización y regulación por ley de cualquier intromisión en la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos efectuada con ocasión de un proceso penal, por tanto, cabría hablar de un principio “*nulla coactio sin lege*”, en ese sentido, la ley que restrinja derechos en el proceso penal ha de ser “*scripta*”, “*stricta*” y “*praevia*”⁷.

En ese sentido se ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema que en el Recurso de Nulidad N° 1313-2008-Ayacucho, del catorce de enero de dos mil diez, ha señalado que “el juez penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la acción penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el fiscal requiere autorización o decisión judicial, la que no es automática, puesto que el juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público, pues lo que corresponde al juez es evaluar si la promoción de la acción penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal”.

Este principio también es conocido como principio de taxatividad e implica que toda diligencia que restringe derechos para ser reputada como lícita debe estar prevista en la ley y debe respetar las formas que la ley ha establecido para llevarla a cabo. Otra manifestación de este principio es que no se puede restringir derechos mediante un medio que no haya establecido la ley. De ahí se entiende que no se puede crear jurisprudencialmente nuevas formas de limitar derechos que no estén en la norma procesal⁸.

Para Miranda Estrampes⁹, el principio de legalidad se concreta en las siguientes exigencias: a) que los supuestos fácticos habilitantes de la privación o limitación de los derechos fundamentales estén previstos en la ley, b) que en su adopción los poderes públicos respeten escrupulosamente los cauces y las garantías establecidas en la ley para la adopción y mantenimiento de la medida; y, c) que la ley sea formulada con la suficiente precisión para que un ciudadano pueda dirigir su conducta conforme a la misma.

3. Motivación de las resoluciones

La motivación de las resoluciones es un principio básico de la actuación de los órganos jurisdiccionales, tanto es así que sin este principio las

7 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 71-78.

8 Vide MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., pp. 196 y 197.

9 Ibidem, pp. 198 y 199.

decisiones en un sistema procesal como el nuestro (sentencia, autos), serían arbitrarias, pues no estamos en un sistema de íntima convicción o de prueba tasada, sino en uno de libre valoración de la prueba que lleva aparejada la responsabilidad de sustentar las sentencias en razonamientos reproducibles, coherentes y lógicos.

El derecho a la motivación de las resoluciones está garantizado en el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú y como ha señalado el Tribunal Constitucional forma parte del derecho a un debido proceso, garantizando que el juez resuelva las decisiones exponiendo las razones que justifican la decisión; por tanto, un juez puede violar el deber de motivación, cuando omite exponer las razones que justifican la decisión, como cuando, exponiéndolas, la motivación pueda ser calificada de aparente o defectuosa, sea por una deficiente aplicación de las normas que disciplinan el caso o por una errónea valoración de los hechos que inciden directamente en la decisión pronunciada¹⁰.

La motivación tiene como función exteriorizar la justificación de la decisión¹¹, a fin que sea controlada por los justiciables la aplicación de la ley llevada a cabo por el juez¹², es decir, ante una petición de una de las partes, el juez resolverá motivadamente, dando a conocer la procedencia o improcedencia del pedido y justificando su decisión, así el peticionante podrá verificar si la decisión es ajustada a derecho o no.

Esta justificación del razonamiento judicial debe cumplir ciertos requisitos, en principio debe ser explícita, suficiente, racional y no arbitraria¹³.

-
- 10 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 10340-2006-PA/TC.
- 11 Para Colomer este derecho a la motivación de las resoluciones judiciales tiene por contenido la justificación de la decisión adoptada en la sentencia o resolución, es decir, supone poner de manifiesto, después de adoptada una decisión, las razones y argumentos que respaldan su legitimidad jurídica y la hacen aceptable, por el ordenamiento jurídico. COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 35-39.
- 12 Son también funciones de la motivación el ser un instrumento necesario al servicio de la erradicación de la arbitrariedad de la actuación de los órganos jurisdiccionales y como garantía de la efectiva aplicación del derecho, facilita el control de los órganos jurisdiccionales superiores mediante el conocimiento de los recursos o de instancias constitucionales y supranacionales, la correcta motivación mantiene el prestigio de los órganos jurisdiccionales en una sociedad democrática, permite el conocimiento de la doctrina jurisprudencial, contribuye al logro de una mayor perfección técnica de las resoluciones al compeler a los jueces a reflejar por escrito sus operaciones intelectivas. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Ob. cit.*, pp. 141 y 142.
- 13 PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Colex, Madrid, 2000, p. 387.

El ser explícita supone que debe ser clara en la explicación de la decisión que ha tomado, así debe explicar paso a paso los razonamientos que lo llevaron a tal decisión. La suficiencia refiere que la justificación del razonamiento judicial debe tener la capacidad de explicar todas las cuestiones controvertidas sin dejar de explicar alguna, es decir, en materia de recursos se debe pronunciar sobre todos los extremos de la pretensión impugnatoria¹⁴. El ser racional se refiere a que la justificación del razonamiento judicial debe ser tomada conforme a las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y la coherencia.

El no ser arbitrario refiere a la interdicción de la toma de decisión judicial basada en razones subjetivas sin sustento objetivo, es decir, la decisión debe ser ajustada al ordenamiento jurídico.

Por tanto, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 10340-2006-PA/TC, un juez puede violar el deber de motivación, cuando omite exponer las razones que justifican la decisión, por ello, este mismo Tribunal ha señalado que para que una resolución respete la debida motivación, por sí misma debe expresar una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve, lo cual supone poner de manifiesto, después de adoptada una decisión, las razones y argumentos que respaldan su legitimidad jurídica y la hacen aceptable, por el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional ha especificado, en la sentencia 728-2008 HC/TC (Caso Llamuja), el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la motivación de la sentencia condenatoria, por tanto, los errores en la dación de una sentencia que violan este derecho constitucional son:

1. Inexistencia de motivación o motivación aparente.
2. Falta de motivación interna del razonamiento.
3. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.
4. Motivación insuficiente.
5. Motivación sustancialmente incongruente.
6. Motivaciones cualificadas.

Estas consideraciones en el proceso penal son especialmente válidas, toda vez que estamos ante una serie de actuaciones que lesionan derechos fundamentales y estos tiene un valor preferente en nuestro siste-

ma jurídico, de ahí que toda medida que autorice la limitación de estos, debe de ser especialmente motivada.

Esta especial motivación debe de recaer sobre todo en exteriorizar el juicio de proporcionalidad que se ha realizado, haciendo referencia expresa a la a la necesidad de la medida limitativa; la suficiencia de la base indiciaria que fundamenta la limitación; para ello el juez debe expresar las razones de la medida limitativa o injerencia, tanto las razones fácticas como las razones jurídicas¹⁵.

4. Rogatorio

El principio rogatorio es uno que se deriva del principio dispositivo y de la separación de funciones. Así por este principio solo se realizará alguna actuación que limite derechos fundamentales a pedido de parte.

Por ello, solo se podrá restringir derechos cuando el fiscal lo solicite, el juez evaluará y de ahí recién se podrá restringir derechos.

Como hemos visto, el fiscal no decide, sino que más bien pide, es un órgano que solicita la restricción de los derechos fundamentales, no los limita él mismo (pero sí debe respetarlos, pues se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso). Así, en base a lo establecido en la Constitución, tenemos que la intervención debe de ser realizada mediando una autorización motivada emitida por el juez¹⁶.

5. Proporcionalidad

Cuando se hace necesario afectar un derecho fundamental, también se hace necesario hacer un test de proporcionalidad, pues el principio de proporcionalidad establece criterios claros y definidos para afectar

15 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., pp. 215-218.

16 En ese sentido, el Ministerio Público no tiene facultad de decidir sobre un caso en concreto, sino que sus facultades son las de requerir, dictaminar, postular. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 00569-2011-PHC/TC ha señalado que “se entiende que el Fiscal no decide, sino que más bien pide que el órgano jurisdiccional juzgue o, en su caso, que determine la responsabilidad penal del acusado; esto es, que realiza su función persiguiendo el delito con denuncias o acusaciones, pero no juzga ni decide, por lo que, si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual, pues sus actuaciones son postulatorias y no decisorias sobre lo que la judicatura resuelva”. STC Exp. N° 00569-2011-PHC/TC, f. j. 5.

de forma constitucional el derecho fundamental y no caer en la vulneración del mismo. La vulneración de los derechos fundamentales no puede hacerse a cualquier precio, el discurso político de garantía versus eficacia debe ser superado en aras de la mejor protección de los intereses en conflicto.

Como señala Miranda Estrampes, este principio juega un papel absolutamente relevante durante la fase de investigación encaminada a la búsqueda y localización de fuentes probatorias, pues toda invasión judicial de la esfera jurídico-fundamental del individuo solo es admisible si es proporcionada¹⁷.

Este análisis debe ser caso por caso, porque en momentos en que la criminalidad avanza a pasos agigantados y se fortalece la tecnología, el Estado debe crear mecanismos de control y aseguramiento que permitan ejercitar el *ius puniendi* con ponderación, llegando a una correcta sanción. En ese sentido, el principio de proporcionalidad ayuda a limitar, en un Estado constitucional, los derechos fundamentales desde dos perspectivas:

1. Limita la afectación del derecho fundamental para que solo sea restringido lo mínimo posible es decir lo adecuado. Excluyendo, claro está el contenido esencial de este derecho.
2. Afecta el derecho fundamental en la medida que es necesario para lograr los fines que se busca con tal limitación¹⁸.

17 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 200.

18 FLEINER, F. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, 1933, p. 312, citado por: PEDRAZ PENALVA. Ernesto. Ob. cit., p. 142. Pero la creación del principio de proporcionalidad no es propia del derecho procesal penal sino que este lo toma del derecho administrativo pues como explica Fleiner dado que una libertad ilimitada podría desembocar en al *bellum omnium contra omnes*, el particular ha debido ajustarse en su actuar al buen orden de la cosa pública; precisamente la misión de policía radica en hacer valer tal deber jurídico de los ciudadanos. La policía es un sector determinado de la actividad de la administración pública, a saber, la actividad de la autoridad en el terreno de la administración interior, que impone coactivamente a la libertad natural de la persona y a la propiedad del ciudadano las restricciones necesarias para lograr el mantenimiento del derecho, de la seguridad y del orden público. De tales premisas es lógico inferir que el ejercicio del poder gubernativo (de policía) tiene que someterse a límites determinados dimanantes de su propia esencia: ha de perseguir fines legítimos (seguridad, orden público, etc.), adoptar las medidas necesarias para la conservación de los mismos y debe hacerlo de tal manera que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria.

Así, el Tribunal Constitucional en el expediente 0010-2002 AI/TC ha señalado que el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200.6 de la Constitución.

En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. El principio de proporcionalidad exige tres requisitos para darse por cumplido, estos son:

- a) Juicio de adecuación.
- b) Juicio de necesidad.
- c) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

La vulneración del principio de proporcionalidad, en cualquiera de sus tres exigencias antes descritas, en el momento de acordar la práctica de una determinada diligencia de investigación penal limitativa de derechos fundamentales hará que los elementos probatorios obtenidos no puedan ser admitidos o valorados judicialmente por tratarse de un supuesto de prueba ilícitamente obtenida¹⁹.

5.1. Juicio de adecuación

La adecuación o idoneidad constituye un criterio de carácter empírico que hace referencia a la causalidad de las medidas en relación con sus fines y exige que las injerencias faciliten la obtención del éxito perseguido en virtud²⁰. Entonces, corresponde realizar un análisis desde el punto de vista de la adecuación de la medida adoptada, la medida será idónea si con su ayuda la satisfacción del fin deseado se acerca

La policía no debe andar a cañonazos contra los gorriones. Por ello por la amplia discrecionalidad de que ha de gozar la actividad administrativa de policía, se muestra la proporcionalidad como contrapeso necesario a fin de lograr que esté en adecuada relación con el mal que trata de eludir, debiendo así mismo la autoridad adoptar las medidas menos perjudiciales para los derechos e intereses de los ciudadanos.

19 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 206.

20 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 154.



o facilita, no lo es si despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma. Debe recordarse que queda excluido el estudio de otras medidas que pudieran ser más eficaces.

Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución²¹. Ahora bien, si la medida carece de aptitud para alcanzarla o simplemente no tiende a la obtención de los fines legalmente previstos que autorizan la restricción, ha de reputarse inconstitucional²².

No será adecuada, por ejemplo, si la finalidad que se persigue no es legal, si la duración e intensidad de la medida no son exigidas por la finalidad que se pretende alcanzar, sino se individualiza a la persona a la que se va a restringir sus derechos²³.

A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo²⁴.

5.2. Juicio de necesidad

Este juicio implica que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, esta debe ser imprescindible²⁵, esta tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos, obliga a los órganos del Estado a comparar las medidas restrictivas

21 EXP. N° 0030-2004-AI/TC. En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculden una restricción de un derecho fundamental.

22 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 154.

23 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 160 y ss.

24 EXP. N° 6712-2005. HC/TC.

25 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 215.

aplicables que sean suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido y a elegir, finalmente, aquella que se sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos²⁶.

No debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular.

Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental²⁷. En ese sentido, señala González-Cuellar²⁸, que la comparación entre los distintos medios es el rasgo que permite distinguir este principio del resto de las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, deduciéndose que la condición que deben cumplir las medidas alternativas, para poder ser comparadas posteriormente en cuanto a sus efectos sobre la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos con las medidas examinadas, es la de ser suficientemente aptas –no igualmente aptas– para la consecución de la finalidad perseguida.

Importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista²⁹, siendo esta operación una valorativa, son tres las condiciones que propone González-Cuellar para elegir una alternativa menos gravosa sin que esto signifique la nula efectividad de los derechos fundamentales y la no consecución de los fines propuestos: a) idoneidad y menor lesividad de la medida alternativa, b) cobertura legal suficiente de la limitación de los derechos que la medida restrinja; y, c) existencia de la infraestructura necesaria para su aplicación.

5.3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con el principio de proporcionalidad, *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o

26 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 189.

27 EXP. N° 0030-2004. AI/TC.

28 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 196 y 197.

29 EXP. N° 6712-2005. HC/TC.

proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso³⁰.

Una vez que este aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso en concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo, la medida deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad³¹.

En el ámbito del proceso penal, esta clase de medidas limitativas de derechos fundamentales viene justificada por razones de interés general, esto es, para garantizar la eficacia del *ius puniendi*. Sin embargo, no es suficiente con la investigación de cualquier delito para justificar el sacrificio de un derecho fundamental. Debe tratarse de delitos que merezcan la calificación de graves³².

Es posible comparar valores y medir intereses con el fin de encontrar el adecuado equilibrio entre la eficacia de uno y el sacrificio de otro; operación que aunque presenta dificultades, sobre todo si se tiende a la optimización, es realizable también en el proceso penal. Como ha señalado parte de la doctrina alemana, la persecución penal y los intereses individuales se materializan sobre una escala ordenada de valores sociales³³.

El peso del interés de persecución penal solo puede ser legítimamente comparado con la relevancia de los derechos fundamentales limitados

30 EXP. N° 0030-2004. AI/TC. En el mismo sentido *vide* MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 204.

31 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 225-228. Asimismo, señala que el principio de proporcionalidad en sentido estricto encierra, en definitiva, criterios materiales y su función consiste en asegurar la eficacia de los derechos individuales y en dar protección a los intereses particulares, mediante la técnica de la ponderación de valores y el equilibrio de intereses en juego en el caso concreto. De ello se deduce que la construcción del principio se asienta sobre la teoría de los valores.

32 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 205.

33 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 232 y 233.



si dicho interés es concebido como el interés propio de los órganos de persecución penal, tendente a asegurar la protección final de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal, mediante la aplicación de restricciones que en el proceso resulten necesarias, ya tengan finalidad cautelar, preventiva o de investigación³⁴.

La doctrina alemana ha aislado los siguientes indicadores del interés estatal: la consecuencia jurídica, la importancia de la causa, el grado de la imputación y el éxito probable de la medida³⁵.

III. LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

1. Los derechos fundamentales

Como ha establecido el Tribunal Constitucional, el concepto de Derechos Fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y en instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica³⁶.

Consecuentemente, si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana³⁷, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)³⁸.

34 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., pp. 251 y 252.

35 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. Ob. cit., p. 252.

36 PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 37.

37 LANDA ARROYO, Cesar. *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra, Lima, 2010, con la colaboración de Oscar Súmar Albuja, p. 12. Señala que la dignidad humana les otorga a los derechos fundamentales la fuerza vinculante y la máxima protección jurídica frente al Estado y los particulares.

38 EXP. N° 1417-2005-AA/TC.

Landa Arroyo³⁹ ha señalado que los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico. Siguiendo esta línea, podemos señalar que estos tienen dos haces: subjetiva y objetiva. La primera, por la cual se le reconoce a las personas una esfera de pretensiones y satisfacción de necesidades legítimas jurídicamente reconocibles y la objetiva que implica que en tanto valores objetivos del ordenamiento jurídico, el Estado asume la obligación de brindar protección legal, judicial y administrativa de los mismos y coloca a los particulares también en una posición de ventaja como deber de coadyuvar a su protección y satisfacción⁴⁰.

En correspondencia con esto ha señalado el Tribunal Constitucional que la realización del Estado Constitucional y Democrático de Derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible⁴¹. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales.

El contenido constitucionalmente protegido de estos derechos se halla constituido por un conjunto de facultades, concretos derechos y posiciones jurídicas directamente conectadas con el bien jurídico ínsito en cada derecho fundamental⁴². Estos Derechos Fundamentales, en tanto derechos subjetivos, son exigibles de protección por parte del Estado y subsidiariamente son oponibles frente a terceros particulares, de-

39 LANDA ARROYO, Cesar. "Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal". Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=147>>, consultado el 11/03/11 a horas 15:30.

40 LANDA ARROYO, Cesar. *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., p. 12.

41 EXP. N° 3330-2004-AA/TC.

42 MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los Derechos Fundamentales*. McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 167.



biéndose recordar que los derechos fundamentales son preexistentes al Estado y se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú. Este mandato se refleja en la aplicación del principio interpretativo a favor de la persona humana o *pro homine*, pues los Derechos Fundamentales son progresivos y no regresivos⁴³.

Sin embargo, esto no significa que estos derechos fundamentales son absolutos, sino que en aras de proteger otros derechos u otros fines igualmente valiosos tienen que ser restringidos. En ese sentido señala Landa Arroyo que, en efecto, el Estado tiene deberes primordiales que garantizar como la plena vigencia de los Derechos Humanos, defender la soberanía nacional, proteger la población de las amenazas contra su seguridad, promover el bienestar general basado en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, lo cual confiere legitimidad a los límites que el Estado pueda establecer a los derechos fundamentales; pero mediante una norma legal y razonable⁴⁴.

Estos límites a los derechos fundamentales son inherentes a los mismos derechos humanos, pues el legislador o el juez no los establecen a su libre voluntad, en ese sentido, el legislador al momento de dictar una ley en la cual se restrinja algún derecho debe de tener en cuenta que está prohibido menoscabar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, a menos que ello sea preciso para proteger otros derechos o bienes de naturaleza constitucional, siendo esta limitación necesaria, es decir, la protección de estos derechos y bienes constitucionales son la única razón por la cual se puede limitar este derecho, sin embargo, esta limitación no puede hacerse sin tener parámetros sobre los cuales extenderse, sino se daría pie a limitaciones en derechos no permitidas por la Constitución, por ello, esta limitación debe ser proporcionada y en ningún caso afectar el contenido esencial de este derecho.

Como se puede ver, el Derecho Fundamental estaría integrado por dos partes, una exterior donde se ubican aquellas facultades y posibilidades de actuación concretas que, aunque directamente relacionadas con el bien jurídico encarnado en el derecho, pueden ser eventualmente

43 LANDA ARROYO, Cesar. *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit., pp. 16-21.

44 *Ibidem*, p. 23.



sacrificadas en aras de la defensa de otros derechos o bienes constitucionales, sin que, por ello, aquél deje de ser reconocible o se impida la salvaguarda de intereses para cuya protección se confiere el derecho. Por otro lado, en el círculo más íntimo, en el núcleo esencial, habrían de situarse aquellas otras sin cuya presencia es ilusorio mantener la pervivencia del derecho, bien porque resulta desnaturalizado, bien porque se anula su eficacia protectora de los mencionados intereses⁴⁵.

De ahí que el NCPP en su artículo 253.1 denominado Principios y finalidad, señala 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”.

2. Medidas de coerción procesal

Las medidas de coerción procesal son aquellas medidas previstas en la normativa procesal que tienen el objetivo de asegurar ciertos fines del proceso penal. Pero no solo pueden ser vistos como una medida que limitan derechos, pues también se le reconoce relevancia en la teoría del proceso.

Los procesos en la teoría general del proceso están clasificados⁴⁶ de diversa manera, así se clasifica por la tendencia del tribunal a actuar el derecho penal o cualquier otra rama del derecho objetivo en procesos civiles y penales, dando lugar a la diversidad de procesos en razón de la materia a conocer, en razón de la generalidad o especialidad, los procesos se dividen en ordinarios y especiales; por la función que cumplen los procesos y los procesos penales se dividen en procesos de declaración, de ejecución y cautelares.

Los procesos cautelares son procesos instrumentales, que están en función al proceso de declaración, pues buscan su eficacia y que no falte un elemento esencial del proceso penal como es el de cumplir su propósito de enjuiciar a una persona para luego reconocer que es inocente o declarar su culpabilidad, es decir, se reconoce que las medidas de coerción procesal forma parte también de una clase de procesos destinados a asegurar las finalidades del proceso penal.

45 MEDINA GUERRERO, Manuel. Ob. cit., p. 169.

46 MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional: Parte general*. T. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 294 y ss.



Los procesos cautelares se basan en el peligro procesal, es decir, el peligro de que se pierda o no sirva para su función el objeto de la pretensión de cada parte...

Por ello, en el proceso cautelar, a diferencia del proceso penal de conocimiento lo que se discute y analiza es el peligro procesal que de los hechos emergen en razón de resguardar el juicio oral y la efectividad de la sentencia, no es pues una instancia para discutir acerca de la realidad del delito y de su vinculación al imputado (lo que no obsta que debe de existir una verosimilitud de este).

En este proceso cautelar se regulan una serie de medidas de coerción, las cuales pueden clasificarse en personales y reales; teniendo en cuenta si afectan derechos personalísimos como la libertad ambulatoria, libertad de empresa, etc., o afecta el patrimonio.

2.1. Medidas de coerción personal

Las medidas de coerción personal están destinadas, tanto a asegurar el juicio oral como a asegurar el cumplimiento de la sentencia. Estas afectan esencialmente la libertad, por ello es que en estas se busca que las medidas más graves tengan alguna alternativa. Como veremos.

2.1.1. Prisión preventiva

La prisión preventiva es la forma más grave en que el ordenamiento jurídico procesal penal puede restringir la libertad de los ciudadanos en pos de asegurar el proceso penal, asimismo, implica la posible violación del derecho de presunción de inocencia que dice que la persona que se encuentra inmersa en un proceso penal debe ser tratada como inocente, pues aun no ha habido una sentencia firme que declare su culpabilidad. En ese sentido, si a una persona se le priva de libertad antes de que haya una declaración de culpabilidad por autoridad competente, se viola la presunción de inocencia.

Para motivar la prisión preventiva es necesario acreditar la presencia de tres requisitos:

1. Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria.

Estos requisitos, considera el Tribunal Constitucional (Exp. 139-2002-PHC/TC), deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención, sino correspondería la comparecencia.

Estos requisitos se corresponden con el *fumus bonis iuris* o apariencia de la comisión del delito y el *periculum in mora* o peligro de fuga o de obstaculización de la actividad probatoria, además en la imposición de las medidas cautelares rige el principio de provisionalidad, principio por el cual la prisión preventiva debe ser variada siempre y cuando existan nuevos actos de investigación que enerven las causas por las cuales se le impuso la medida.

2.1.2. Comparecencia simple

Es la antítesis de la prisión preventiva, pues implica la más amplia libertad posible dentro del proceso penal. Esta medida en un sistema acusatorio debe ser la regla, pues no es posible instrumentalizar a una persona en aras de conseguir los fines del Estado, sino en casos extremadamente graves. En el anterior sistema, en sus inicios, el mandato de detención era la regla, apenas se aperturaba el proceso era inmediatamente impuesta esta medida en ciertos casos.

En el nuevo sistema esto no es así, pues el NCPP trata a la persona humana como un ser con dignidad, además, la libertad está reconocida en la Constitución en su artículo. 2.24. b y señala que “no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”, como se ve la libertad debe ser la regla.

Por ello, no es correcto que el artículo 286.1 del NCPP señala que “el Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de comparecencia simple si el Fiscal no solicita prisión preventiva al término del plazo previsto en el artículo 266”. Pues parecería que la regla es la prisión preventiva, lo cual no es correcto, pues una de las líneas de desarrollo de este sistema procesal es el respeto a la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos.

2.1.3. Comparecencia restringida

Como punto medio de estas dos figuras tenemos a la comparecencia con restricciones que a diferencia de la prisión preventiva importa una



grave afectación a la libertad, en grado de una privación de libertad forzosa, pero tampoco es una libertad o libertad con sujeción al proceso como la comparecencia simple, pues a pesar que se afronta el proceso penal en libertad cuando lo requiera el juzgado se va tener que comparecer ante él, pues como dijimos el procesado está sujeto al proceso.

En ese sentido, la comparecencia con restricciones es una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, pues se impone en vez de ella cuando el peligro procesal no es fuerte, pero existe ciertos indicios de la existencia de ello, de ahí que respeta el principio de proporcionalidad. Por ello, si bien importa una afectación a la libertad, esta es mínima, no como la comparecencia simple pero tampoco como la prisión preventiva.

Por ello es correcto que el artículo 287 del NCPP señale que: “e impondrán las restricciones previstas en el artículo 167, siempre que el peligro de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse. También podrá utilizarse, alternativamente, alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan las restricciones impuestas a la libertad personal”.

Las restricciones que puede aplicar el juez penal son las previstas en el artículo 288, las cuales son:

1. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados.
2. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.
3. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.
4. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten. La caución podrá ser sustituida por una fianza personal idónea y suficiente.

El NCPP luego detalla la operatividad de algunas medidas que son alternativas necesarias para cumplir los fines de las ya citadas, como son la caución, la detención domiciliaria.

2.1.4. Internación preventiva

Es similar a la prisión preventiva, pues supone la pérdida de libertad, se diferencia de esta en que esta medida solo es aplicable a las personas



que sufren una grave alteración de la conciencia o insuficiencia de sus facultades mentales, por lo que resultaría peligroso para sí o terceros. Esta situación se debe verificar mediante un dictamen pericial.

2.1.5. Impedimento de salida

Esta medida se entendió en el CdePP que era una suerte de restricción dependiente de la comparecencia restringida, sin embargo, el NCPP le da la regulación de una medida propia y autónoma. Esta medida es aplicable tanto al procesado como a los testigos, esto último constituye una novedad frente a la regulación del CdePP

Para imponerla se requiere que el delito investigado esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años, además, esta medida de ser indispensable para la indagación de la verdad.

2.1.6. Suspensión preventiva de derechos

Las medidas anteriores están previstas para asegurar el juicio oral y de encontrar culpable a la persona, asegurar el cumplimiento efectivo de la sentencia. Pero el NCPP no solo ha pensado en asegurar esto, sino, además, las demás sanciones que la ley establece.

Cuando se condena a una persona no solo es posible imponer una pena y reparación civil, sino que en ciertos casos, se puede imponer también una pena limitativa de derechos, en este caso, la inhabilitación. Pero, que pasaba cuando la persona que estaba siendo imputada por un delito con ocasión del incumplimiento de un deber que fundamentara la imposición de una estas penas, seguía en la función, el cargo u oficio, pues nada, con lo cual se podría generar situaciones de peligro procesal, no previstos por la norma. Por ello, el NCPP ha innovado con una serie de normas que protegen esta serie de casos.

Para imponer estas medidas se requiere:

- a) Suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
- b) Peligro concreto de que el imputado, en atención a las específicas modalidades y circunstancias del hecho o por sus condiciones personales, obstaculizará la averiguación de la verdad o cometerá delitos de la misma clase de aquél por el que se procede.

Las medidas de suspensión preventiva de derechos que pueden imponerse son las siguientes:



- Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso.
- Suspensión temporal en el ejercicio de un cargo, empleo o comisión de carácter público. Esta medida no se aplicará a los cargos que provengan de elección popular.
- Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales.
- Suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego.
- Prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél o la suspensión temporal de visitas.

2.2. Medidas de coerción real

Estas medidas están destinadas a asegurar los bienes que pudieran servir para cumplir con alguna obligación de carácter patrimonial o un fin similar.

Para la imposición de estas medidas se requiere que exista el peligro que el bien desaparezca o que por el transcurso, luego de la emisión de la sentencia no cumpla su finalidad. Además, se requiere que exista el *fumus bonis iuris*.

2.2.1. Embargo

El embargo es la ocupación, aprehensión o retención de bienes hecha con mandamientos de juez competente por razón del delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado⁴⁷.

En el curso de las primeras diligencias y durante la investigación preparatoria, el fiscal, de oficio o a solicitud de parte, indagará sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil, a fin de asegurar la efectividad de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito o el pago de las costas.

Identificado el bien o derecho embargable, el fiscal o el actor civil, según el caso, solicitarán al juez de la investigación preparatoria la adopción de la medida de embargo. A estos efectos motivará su solicitud con la correspondiente justificación de la concurrencia de los presupuestos

47 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 2005, p. 1182.



legalmente exigidos para su adopción, especificará el bien o derecho afectado, precisará el monto del embargo e indicará obligatoriamente la forma de la medida. Las formas de embargo son las previstas, en lo pertinente, en el Código Procesal Civil.

2.2.2. Orden de inhibición

Funciona como un sustituto de embargo y adquiere procesalmente su misma naturaleza, pero se diferencia en uso proyecta sobre bienes futuros que no se conocen⁴⁸. Por ello, el NCPP señala:

“Artículo 310. Orden de inhibición

- 1. El Fiscal o el actor civil, en su caso, podrán solicitar, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 303, que el Juez dicte orden de inhibición para disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil, que se inscribirá en los Registros Públicos.*
- 2. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el Título anterior”.*

2.2.3. Desalojo preventivo

Es una medida que viene a cumplir la función de la medida de ministración provisional regulada en el anterior sistema, para casos de delito de usurpación. El delito de usurpación es un delito contra la posesión, el sujeto activo despoja de la posesión de un bien mueble al agraviado.

Por ello en estos casos el juez, a solicitud del fiscal o del agraviado, podrá ordenar el desalojo preventivo del inmueble indebidamente ocupado en el término de veinticuatro horas, ministrado provisionalmente la posesión al agraviado, siempre que exista motivo razonable para sostener que se ha cometido el delito y que el derecho del agraviado está suficientemente acreditado.

2.2.4. Medidas anticipadas

Señala el NCPP en su artículo 312 que el juez, excepcionalmente, a pedido de parte legitimada, puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos, así como la ejecución anticipada y provisional de las consecuencias pecuniarias del delito. Estamos ante medidas variadas, las cuales implican un alto contenido de verosimilitud del pedido.

48 Ibidem, p. 1205.



2.2.5. Medidas preventivas contra las personas jurídicas

Son una serie de medidas destinadas a evitar riesgos en el manejo de la persona jurídica, para imponerlas, se hace necesario la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito y de la vinculación de la persona jurídica en los supuestos previstos en el artículo 105 del Código Penal; asimismo, la necesidad de poner término a la permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, peligro concreto de que a través de la persona jurídica se obstaculizará la averiguación de la verdad o se cometerán delitos de la misma clase de aquél por el que se procede.

Estas medidas son:

- a) La clausura temporal, parcial o total, de sus locales o establecimientos;
- b) La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades;
- c) El nombramiento de un Administrador Judicial;
- d) El sometimiento a vigilancia judicial;
- e) Anotación o inscripción registral del procesamiento penal.

2.2.6. Pensión anticipada de alimentos

Recoge el NCPP la regulación de la dación de pensión anticipada de alimentos, pero para los casos de delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar, violación de la libertad sexual, o delitos que se relacionan con la violencia familiar.

Por ello, el juez a solicitud de la parte legitimada impondrá una pensión de alimentos para los directamente ofendidos que como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades. El juez señalará el monto de la asignación que el imputado o el tercero civil ha de pagar por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia firme.

3. Medidas de búsqueda de pruebas y restricción de derechos

La investigación preliminar es la primera etapa de la investigación, su duración en procesos simples es de veinte días. Tiene por función realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar

a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la ley, asegurarlas debidamente.

Esta función está dirigida a contar con los elementos imprescindibles para formalizar la investigación. Esta fase es de la máxima importancia, toda vez que es el primer acercamiento a la investigación del delito, por ello, el agente policial, quien usualmente realizará actuaciones en esta etapa, debe de actuar de manera eficiente.

En esta etapa se puede realizar dos tipos de actividades tendientes a ingresar las fuentes de prueba al proceso⁴⁹: actos instructorios, que son actos que por si mismos proporcionan la fuente de investigación (son los que buscan averiguar la realidad de la existencia del hecho y de su autor no necesitan el uso de la coerción como la declaración voluntaria del imputado, declaraciones ante el Fiscal de testigos, pericias, etc.), y dictar medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba, que son actos dirigidos a adquirir la fuente de investigación, es decir, son actos instrumentales (que buscan ingresar las fuentes de prueba de manera indirecta entre ellas encontramos diligencias como el allanamiento, las escuchas telefónicas, intervenciones corporales etc.).

Estos tipo de actos son los que buscan ingresar material probatorio en el proceso y son obtenidos durante la investigación a cargo del Ministerio Público y éste lo usa para sustentar su acusación y promover así el juicio oral, la defensa las usará para acreditar sus alegaciones de defensa, esto durante la etapa intermedia que pasaremos a revisar.

Estas medidas restringen derechos fundamentales, por ello, siendo su importancia y capacidad lesiva grande, es que el NCPP ha regulado las formas y en qué formas se restringen estos derechos.

Como se ha visto y está reconocido en el artículo 202, 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. Asimismo, estas medidas deben realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad y en la medida que existan suficientes elementos de convicción. La resolución que dicte el juez de la investigación preparatoria debe ser motivada, al igual que el requerimiento del Ministerio Público.

49 En esta etapa más que fuentes de prueba son fuentes de investigación que deben pasar el examen de admisibilidad para que una vez en el proceso sean considerados fuentes de prueba.



Cuando la policía o el Ministerio Público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial.

IV. LA INCAUTACIÓN

1. Concepto

San Martín Castro, citando el anterior código, señalaba que es la medida coercitiva de mayor trascendencia para la adquisición de la prueba material en el proceso, que permite el aseguramiento oficial de objetos a través de la fuerza estatal, el mismo que puede efectivarse a través de una entrega voluntaria, de un hallazgo y consiguiente ocupación por la autoridad, y de forzamiento de la entrega, al no ser los bienes presentados o entregados por el obligado a hacerlo⁵⁰.

La incautación es una medida de coerción compleja. Pues, es tanto una medida de coerción procesal de carácter real, como una medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos.

De ahí que genere confusiones al momento de abordarlo, creemos que esta doble naturaleza motivó que la regulación en el NCPP sea dual. Sin embargo, se trata de lo mismo, pero con diferentes finalidades.

Hay legislaciones, a nivel internacional, que consideran que es una medida para la búsqueda de fuentes de prueba; otras consideran que es una medida de coerción personal.

Por ello, Jauchen⁵¹ considera: "El secuestro de cosas u objetos es otra medida de coerción real que como tal conlleva necesariamente una restricción a la libertad de disposición patrimonial del imputado o de un tercero, que limita el derecho constitucional a la inviolabilidad del patrimonio (...) Su finalidad es la obtención y conservación de cosas relacionadas con el delito o que puedan servir como prueba del mismo, mientras dura el proceso".

50 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob, cit., p. 594.

51 JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 151.



El artículo 5 de la Ley N° 23.984 que modifica el artículo 231 del Código Procesal Penal de la Nación argentina regula el secuestro señalando:

“El juez podrá disponer el secuestro de las cosas relacionadas con el delito, las sujetas a decomiso o aquellas que puedan servir como medios de prueba. Sin embargo, esta medida será dispuesta y cumplida por los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad, cuando el hallazgo de esas cosas fuera resultado de un allanamiento o de una requisita personal o inspección en los términos del artículo 230 bis, dejando constancia de ello en el acta respectiva y dando cuenta inmediata del procedimiento realizado al juez o al fiscal intervinientes”.

Como se puede ver, esta regulación reconoce la doble finalidad del secuestro o incautación, pero lo regula dentro del título III “medios de prueba”, libro II “instrucción”, es decir, si bien tiene una doble finalidad, consideró el legislador argentino que su función era probatoria.

Señala Gimeno Sendra⁵² que las “medidas de recogida y conservación de bienes y cosas poseen doble naturaleza: de un lado, constituyen medidas de aseguramiento de la prueba en el juicio oral, por cuanto tienen por objeto la conservación de dichos bienes y cosas en su estado inicial para que puedan ser utilizados por las partes y apreciadas por el Tribunal como medios de prueba de la fase del juicio oral y, de otro, se erigen en auténticas medidas cautelares reales, tendentes a asegurar el comiso que se imponga en la sentencia como consecuencia accesoria del delito, siempre que los bienes pertenezcan al autor del delito y fueren de lícito comercio, y su restitución a sus legítimos propietarios no responsables del delito, si fuere posible, una vez hayan cumplido su finalidad de servir como piezas de convicción en el acto del juicio”.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española en su artículo 334 señala que “el Juez instructor ordenará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida. El Secretario judicial extenderá diligencia expresiva del lugar, tiempo y ocasión en que se encontraren, describiéndolos minuciosamente para que se pueda formar idea cabal de los mismos y de las circunstancias

52 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Colex, Madrid, 2007, p. 585.



de su hallazgo. La diligencia será firmada por la persona en cuyo poder fueren hallados, notificándose a la misma el auto en que se mande recogerlos”.

En el artículo 338, señala “sin perjuicio de lo establecido en el Capítulo II bis del presente título, los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se recogerán de tal forma que se garantice su integridad y el Juez acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito”.

Estas normas se encuentran dentro del capítulo II “del cuerpo del delito”, Título V “de la comprobación del delito y averiguación del delincuente”, del Libro II “Del Sumario”; por lo que no necesariamente pueden pertenecer a la regulación sobre pruebas o medidas de coerción real. Pero es claro que también es consciente de la doble función que cumple esta medida que restringe derechos.

El Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116 al respecto señala:

“7. La incautación, en cuanto medida procesal, presenta una configuración jurídica dual: como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos –propriadamente, medida instrumental restrictiva de derechos– (artículos 218 al 223 del Nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–), y como medida de coerción –con una típica función cautelar– (artículos 316 al 320 del NCPP)–. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

En el primer caso, su función es primordialmente conservativa –de aseguramiento de fuentes de prueba material– y, luego, probatoria que ha de realizarse en el juicio oral. En el segundo caso, su función es substancialmente de prevención del ocultamiento de bienes sujetos a decomiso y de impedimento a la obstaculización de la averiguación de la verdad.

Aún cuando en la identificación de los bienes sujetos a una u otra medida existen ámbitos comunes –pueden cumplir funciones similares–, lo esencial estriba en la función principal que cumplen, básicamente de cara a la posibilidad de una consecuencia accesoria de decomiso, con arreglo al artículo 102 del Código Penal –en adelante, CP–”.

Como se puede ver, este Acuerdo Plenario reconoce la doble naturaleza de la incautación, sin embargo, esto no justifica por qué existe dos regulaciones, uno como búsqueda de pruebas y aseguramiento de fuentes



de prueba y otro como medida de coerción real. En el mismo sentido señala en su fundamento 10: “Los bienes y objetos que pueden incautarse –privación de la posesión de un bien u objeto y su consecuente indisponibilidad y ocupación por la autoridad penal– cumplen en la mayoría de los casos una doble función: garantiza su eventual decomiso como consecuencia accesoria del delito conforme a las disposiciones del artículo 102 y siguientes del CP, y permite su eficaz control para la acreditación del hecho punible –asegura su utilización por las partes y el Juez como objeto de prueba–”.

En cierta medida, este Acuerdo Plenario trata de salvar esta situación señalando que “como ya quedó expuesto, la función que prima en el caso concreto será la determinante, aunque desde luego una distinción radical es, por lo menos, particularmente complicada. A estos efectos, se ha de tener en cuenta el estado de la causa –específicamente, de la investigación– al momento de su imposición, y la evidencia de que se trata de un bien u objeto destinado, sin dificultad alguna, a la consecuencia accesoria del decomiso”.

Lo cierto es que no ha habido una sistematización en la regulación del NCPP en cuanto a la incautación, así se ha regulado dos veces lo que pudo haberse hecho en una sola regulación, sin quitar esto que se trata de dos finalidades distintas, de ahí que pueden servir a dos fines diversos por el mismo procedimiento.

Por ello, Alcides Chinchay⁵³ señala que no hay diferencia práctica entre ambas institutos. Lo único que correspondería es integrar ambas figuras, con el añadido de que los elementos vinculados con el delito se regulan solo por el artículo 218 y siguientes del NCPP.

Pero como hemos dicho no es que sean dos figuras iguales, sino que por razones prácticas se regulan en otros ordenamientos jurídicos como una sola diligencia con dos finalidades, de ahí que sean ambas, pero unidas en una sola. Por ello, San Martín Castro⁵⁴ ha referido que el secuestro consiste en la aprehensión de una cosa, en su ocupación, 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. En tal virtud, el secuestro o incautación puede tener un carácter instrumental

53 CHINCHAY CASTILLO, Alcides. “La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 14.

54 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 595.



o un carácter cautelar; según esté destinado a adquirir y conservar material probatorio útil a la investigación o a la imposición de una medida penal: decomiso (102 CP).

2. Los bienes susceptibles de incautación

Como hemos visto, son diversos los objetos que pueden ser materia de incautación, al respecto, el Acuerdo Plenario ha señalado que la “incautación instrumental (artículo 218 NCPP) recae contra (i) los bienes que constituyen cuerpo del delito, o contra (ii) las cosas que se relacionen con el delito o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados. El objeto de esta medida de aseguramiento es amplio y, por su propia naturaleza investigativa, comprende una extensa gama de bienes u objetos relacionados, de uno u otro modo, con el delito. En estricto sentido se entiende por:

- a) **Cuerpo del delito**, además de la persona –el cadáver en el delito de homicidio– comprende al objeto del delito, es decir, aquél contra el que recae el hecho punible o que ha sufrido directamente sus efectos lesivos –la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas–.
- b) **Las cosas relacionadas con el delito o necesarias para su esclarecimiento**, son tanto las piezas de ejecución: medios u objetos a través de los cuales se llevó a cabo la comisión del delito, como las denominadas piezas de convicción: cosas, objetos, huellas o vestigios materiales, que pueden servir para la comprobación de la existencia, autoría o circunstancias del hecho punible”.

De otro lado, se hace referencia a los objetos que son materia de la llamada incautación cautelar (artículo 316.1 NCPP) que “incide en los efectos provenientes de la infracción penal, en los instrumentos con los que se ejecutó y en los objetos del delito permitidos por la ley:

- a) **Los efectos del delito o *producta scaeleris*** son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etcétera.
- b) **Los instrumentos del delito o *instrumenta scaeleris*** son los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, han servido para su ejecución, tales como el vehículo utilizado para el



transporte de la mercancía, los útiles para el robo, el arma empleada, maquinarias del falsificador, etcétera.

- c) **Los objetos del delito** son las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica”.

En estos casos, la incautación como medida procesal precede al decomiso como consecuencia accesoria que se dictará en la sentencia (artículo 102 CP).

Somos de la opinión de que estos elementos en uno y otra medida (instrumental o cautelar) es lo mismo, sin haber una gran diferencia entre los efectos que puedan suceder, de ahí que esta separación terminológica y conceptual no sea importante⁵⁵. Como señala San Martín debe tratarse de un bien o cosa relacionada con la investigación cuya ocupación sea indispensable para el éxito del fin de averiguación impuesto a la autoridad titular de la instrucción⁵⁶.

3. Como medida de coerción real

En el caso de la incautación como una medida de coerción real se tiene que los bienes objeto de esta medida serán los efectos provenientes de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiere ejecutado, así como los objetos del delito permitidos por la ley, siempre que exista peligro por la demora, pueden ser incautados durante las primeras diligencias y en el curso de la investigación preparatoria, ya sea por la policía o por el Ministerio Público.

Acto seguido, el fiscal requerirá inmediatamente al juez de la investigación preparatoria la expedición de una resolución confirmatoria, la cual se emitirá, sin trámite alguno, en el plazo de dos días.

Como se ha visto, los bienes son los mismos, siendo los presupuestos también los mismos, sin embargo, se diferencia en que para dictar la

55 Para una mejor explicación de cada concepto ver: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. “La incautación de bienes en el proceso penal: medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y medida cautelar”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, pp. 25-30.

56 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 594.

medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal.

Por ello si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se tomen bajo custodia y –si es posible– se inscribirá en el registro correspondiente. Si se trata de bienes inmuebles o de derecho sobre aquellos, adicionalmente a su ocupación, se procederá de manera que dicha medida se anote en el registro respectivo, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva.

De igual forma, se procederá cuando se dicte la medida de incautación sobre bienes inscribibles. Cuando los bienes incautados no se encuentren a nombre del inculpado se inscribirá dicha medida cursándose los partes a los Registros Públicos, debiendo el funcionario competente proceder conforme al mandato judicial.

Asimismo, si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron la adopción de esta medida y si la Ley lo permite, el bien puede ser devuelto al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor. También puede ser entregado provisionalmente al afectado, bajo reserva de una reversión en todo momento, para continuar utilizándolo provisionalmente hasta la conclusión del proceso. En el primer supuesto, el importe depositado ocupa el lugar del bien; y, en el segundo supuesto, la medida requerirá que el afectado presente caución, garantía real o cumpla determinadas condiciones.

Una diferencia también es que se permite la variación y reexamen de la incautación, por ello, si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, esta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.

También las personas que se consideren propietarios de buena fe de los bienes incautados y que no han intervenido en el delito investigado, podrán solicitar el reexamen de la medida de incautación, a fin que se levante y se le entreguen los bienes de su propiedad.

Como la incautación sirve a efectos del decomiso una vez dictada sentencia absolutoria, auto de sobreseimiento o de archivo de las actuaciones, los bienes incautados se restituirán a quien tenga derecho, salvo que se trate de bienes intrínsecamente delictivos. El auto, que se emitirá sin trámite alguno, será de ejecución inmediata.

La restitución no será ordenada si, a solicitud de las partes legitimadas, se deben garantizar –cuando corresponda– el pago de las responsabilidades pecuniarias del delito y las costas.

4. Como medida probatoria

4.1. Presupuestos

Señala San Martín Castro⁵⁷ que el secuestro instrumental se circunscribe a las cosas que tengan relación con la prueba del delito, ya sea que se trate de cosas sobre las que ha recaído la infracción penal o cosas que, sin haber sufrido sus consecuencias, contengan sus huellas o las del autor o suministren referencias sobre la filiación, hábitos o antecedentes del autor. También es posible secuestrar escrituras de comparación para los análisis periciales correspondientes, aunque no cabe hacerlo respecto a cosas materiales vinculadas a la institución del secreto: oficial y profesional.

El presupuesto básico para iniciar con esta diligencia es la que se ubica en el artículo 218 del NCPP y señala que “cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la ley así lo prescribiera, el fiscal, solicitará al juez de la investigación preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias”.

Como se puede ver, esta medida incide sobre cosas materiales, las mismas que en atención al principio de jurisdiccionalidad solo será otorgada por el juez, sin embargo, hay casos en los cuales no se puede hacer esto, casos de urgencia, donde no sería viable, en atención a la posible pérdida de los bienes materia de incautación solicitar orden jurisdiccional, por lo que el artículo 218.2 señala:

“La Policía no necesitará autorización del fiscal ni orden judicial cuando se trata de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al fiscal. Cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el fiscal. En todos estos casos, el fiscal una vez que tomó conocimiento de la medida o dispuso su ejecución, requerirá al juez de la investigación preparatoria la correspondiente resolución confirmatoria”.

57 Ibídem, p. 595.



El delito flagrante es el que se está cometiendo actualmente⁵⁸, y que no va más allá de la sorpresa en el acto mismo de cometerse el delito o de tentarlo, y lo inmediatamente posterior ligado en forma directa a su ejecución mientras los autores no se hayan apartado del lugar⁵⁹.

En el ordenamiento jurídico procesal penal peruano, la flagrancia existe en los siguientes supuestos⁶⁰:

1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.
2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.
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, o por medio

58 CAROCCA PÉREZ, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 163.

59 CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. T. II, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, p. 368

60 La original norma señalaba que la Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existiendo la misma cuando: la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo. Sin embargo, esta fue modificada por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22 julio 2007 que determinaba que la Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: a) 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; b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o 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. Esta misma fue modificada por el artículo 1 de la Ley N° 29372, publicada el 09 junio 2009, y luego por Artículo 1 de la Ley N° 29569, publicada el 25 agosto 2010; quedando la norma solo con los siguientes supuestos: 1. el agente es descubierto en la realización del hecho punible, 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto, 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, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible, y; 4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o 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.

audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.

4. El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o 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.

Volviendo así, de cierta forma, a la anterior regulación del Decreto Legislativo de 989 de 22 de julio de 2007 que aparte de la flagrancia estricta reconocía la cuasi flagrancia⁶¹ y la presunción de flagrancia⁶². Debemos señalar que esta regulación desconocía uno de los indispensables requisitos de la flagrancia, la inmediatez, debidamente destacada por el TC, organismo que en sentencia emitida el 14 de marzo de 2007, Expediente N° 6142-2006-PHC/TC, Caso Rodríguez, donde sostiene que el paso de casi 10 horas desde la ocurrencia de los hechos hasta la captura del sindicado, no encuadra en ningún supuesto de inmediatez temporal o personal.

El peligro, como se puede prever, es que el objeto se pierda o que si en ese momento no se aseguran luego, puedan perder su finalidad para efectos del juicio oral. Como señala el Acuerdo Plenario, el juicio de necesidad de la medida es básico. Es el riesgo fundado de que de no incautarse o secuestrarse un bien o cosa delictiva, haría ineficaz la averiguación de la verdad –obstrucción de la investigación y del proceso en general– y en su caso las medidas de ejecución penal pertinentes. La incautación, precisamente, garantiza que no se desaparezcan u oculten tales bienes o cosas, con lo que se dificultaría su apreciación judicial como objeto de prueba o se frustraría el ulterior decomiso, si correspondiera –la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia se pondría en crisis.

61 Donde la intervención policial es posterior al momento que fue descubierto cometiendo el hecho por el mismo agraviado, parientes o terceros o cuando la misma víctima reduce al agresor, logrando escapar éste, circunstancia en la que se incorpora a perseguirlo la policía, logrando capturarlo.

62 Donde la aparición de datos indiciarios objetivos que constituye para una persona media, de nuestra sociedad, motivos racionalmente suficientes para concluir que nos hallamos ante un ilícito temporalmente próximo o material, queda configurada cuando el policía hace el descubrimiento del hecho delictivo determinando su intervención.

A continuación transcribimos una resolución recaída en el Exp. 2008-01566-21-1601 emitida por el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo, sobre los presupuestos de la medida de incautación:

“QUINTO: La autorización judicial *ex ante* incautación: tiene lugar cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa como lo prevé el artículo 218.1 del CPP. La confirmación judicial *ex post* incautación: acontece cuando la Policía no necesita de autorización del Fiscal ni orden judicial por tratarse de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, de cuya ejecución dará cuenta inmediata al Fiscal, así mismo, cuando existe peligro por la demora, la exhibición o la incautación debe disponerla el Fiscal como lo dispone el artículo 218.2 del CPP. **SEXTO:** La medida limitativa de incautación al igual que las medidas cautelares reales reguladas en el artículo 303, numeral 3 del CPP requiere la acreditación por la parte requiriente de: 1) El *fumus boni iuris* (apariencia del derecho): cuando en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el intervenido es con probabilidad autor o participe del delito objeto de investigación, 2) El *periculum in mora* (peligro en la demora): cuando exista riesgo fundado de ocultamiento o desaparición del bien, o evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos como lo precisa el artículo 312. **SÉPTIMO:** En el caso de autos, la incautación de fecha dos de abril del dos mil ocho, se realizó sin autorización judicial previa, con la sola participación del Ministerio Público y la Policía Nacional como órganos de persecución del delito, por tanto, la diligencia indagatoria debió llevarse a cabo conforme a lo previsto en el artículo 218.2 del CPP, esto es, mediando necesariamente una situación de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración o de peligro en la demora. **OCTAVO:** La flagrancia como situación justificante de una detención policial y por extensión de la medida de incautación dispuesta por el Fiscal como director de la investigación, ha sido regulada en el artículo 259 del CPP, cuando el sujeto agente intervenido es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: a) 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.

b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o 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. **NOVENO:** Como se advierte de los fundamentos del requerimiento fiscal, el operativo conjunto entre Ministerio Público y Policía Nacional, se realizó en locales comerciales abiertos al público (no clandestinos), ubicados en el mercado autogestionario "La Hermelinda", cuyos números de stand son: D-78 conducido por el Sr. Roberto de la Cruz Condori; D-79 conducido por el Sr. Javier García; D-127 donde funciona una librería Nicol Olenka, cuyo dependiente no se identificó; C-218 conducido por Ramos Solano cerca al mencionado anteriormente y cuyo propietario no se identificó; siendo de verificación ello en el acta de intervención policial N° 001-08-CPNP-FM (folios 63), sin que conste en acta que previamente se haya requerido a los conductores de los negocios intervenidos, la exhibición de los comprobantes de pago u otros documentos sustentatorios del pago de tributos de la mercadería incautada, y no solo hacer constar que no contaban con "documentación pertinente que ampare el ingreso legal al país de lo incautado" para tener una razonable presunción de la comisión del delito de contrabando tipificado en la Ley N° 28008, y máxime si incluso se procedió a la incautación en tres stand (D-78, D-79 y C-218) a pesar que los conductores de estas no se encontraban en su local –pero sí se consignó sus nombres– y a pesar de ello se procedió a la intervención e incautación de los DVD's y CD's. de sus respectivos stand. Tampoco se procedió a la visualización y/o audio del material incautado in situ para verificar si su contenido a priori correspondía efectivamente a reproducciones ilegales (objeto de confirmación a posteriori con los respectivos informes técnicos), ante la sospecha de la comisión del delito contra los derechos de autor y conexos tipificado en los artículos 216 a 220 del Código Penal, máxime si el artículo 318.1 del CPP exige que los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados. **DÉCIMO:** En este orden de ideas, tenemos que en el caso in examine, no obran indicios objetivos de sospecha fundada de la comisión de los delitos de contrabando y contra los derechos de autor (fumus boni iuris), por los defectos y omisiones en el desarrollo de la diligencia de incautación antes descritos, así como tampoco se ha acreditado la



urgencia o peligro (*periculum in mora*) para efectos de no haberse solicitado la previa autorización judicial, pues las circunstancias de la presente investigación trata de negocios estables y públicos, denotando todo ello, ausencia de inmediatez temporal. Por otro lado, las actas de incautación demuestran que el operativo se realizó sin la presencia de los intervenidos o responsables de los bienes, dado que no aparecen sus firmas en el acta, –solo se consigno la negativa a firmar de José Raúl Camacho Gutiérrez y Roberto de la Cruz Condori–, contraviniendo el artículo 318.1 del CPP respecto a que de la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes del acto, significando adicionalmente la ausencia de inmediatez personal, corroborado a ello el hecho de haberse realizado en tres puestos comerciales a pesar de que no se encontraban sus respectivos conductores o propietarios. En suma, la incautación se realizó sin la concurrencia copulativa de los elementos temporales y personales previstos en el artículo 259 del CPP, para la configuración de una situación de flagrancia, como razón justificante de la medida restrictiva del derecho fundamental a la propiedad por el Ministerio Público, sin previa autorización judicial. **DÉCIMO PRIMERO:** Finalmente en cuanto al destino de los bienes incautados por el Fiscal, no confirmados judicialmente, ante el vacío normativo del CPP, debe aplicarse supletoriamente como fuente normativa, lo previsto en los artículos 162 y 164 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, debiendo procederse a su devolución al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron, lo que tiene congruencia con el artículo 319.b del CPP sobre el efecto del levantamiento de la incautación. Por estas consideraciones, **SE RESUELVE: DECLARAR INFUNDADO** el requerimiento presentado por el doctor César Rubén Chávez Chávez, Fiscal Provincial Titular de la Primera Fiscalía de Prevención del Delito de Trujillo, de confirmación de incautación de CDs grabados en diferentes formatos efectuado con fecha dos de abril del dos mil ocho, en los locales comerciales ubicados en el interior del mercado autogestionario “La Hermelinda” cuyos detalles de los stand y sus conductores fue detención en el noveno considerando de la presente. Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, **DEVUÉLVASE** lo incautado a los intervenidos. **NOTIFÍQUESE**”.

4.2. La audiencia en la confirmación

En los casos reseñados se requiere la confirmación judicial, la misma que importa la consagración del principio de jurisdiccionalidad, pues siempre será necesario que el juez decida sobre la intervención, sea



autorizándola antes de iniciarse la diligencia o confirmándola luego de haberse realizado en casos de flagrancia o peligro en la demora.

Se ha discutido si esta resolución confirmatoria debe realizarse con previa audiencia o no. Al respecto, señala Chinchay Castillo⁶³, que el artículo 316.2 establece que la resolución confirmatoria se hace sin trámite alguno, lo que implica que por el solo mérito de la solicitud (y sus recaudos), el juez toma su decisión. Nada contrario al ordenamiento jurídico hay en ello, salvo que se considere que se dan supuestos plausibles para recurrir a una de las dos alternativas del artículo 203.3: correr traslado previamente a las partes o inclusive hacer una audiencia.

Desde una postura más extrema, señala Burgos Mariños, que por su trascendencia la confirmación judicial debe realizarse en audiencia pública (...) La confirmatoria judicial en audiencia pública permite generar buenas prácticas en la investigación policial⁶⁴.

Se debe recordar que la audiencia es un escenario donde las partes ejercen sus derechos mediante la discusión, donde los intervinientes presentan oralmente sus peticiones argumentos y tiene la posibilidad de controvertir la opinión de su oponente⁶⁵.

Refiere Neyra Flores que siendo la regulación de la audiencia conexas con la publicidad, hace que las decisiones judiciales se legitimen en el seno de la sociedad, debido a que la población puede observar las decisiones judiciales de manera directa en la audiencia, ya que son dadas a partir de lo que se desarrolló en el debate, logrando una aceptación social (de la cual carecen muchas de nuestras resoluciones, siendo esta uno de los problemas trascendentales de la administración de justicia)⁶⁶.

63 CHINCHAY CASTILLO, Alcides. Ob. cit., pp. 15 y 16.

64 BURGOS MARIÑOS, Víctor. "La incautación en el nuevo Código Proceso Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010, p. 20.

65 Las partes además realizan un control de la información de su contraparte, no solo sobre la relevancia sino sobre la veracidad de esta información. La calidad de la información depende directamente de su veracidad, la información falsa no puede fundar la decisión y la contraparte debe encargarse de hacer notar esta falsedad. (hablamos de falsedad en términos de una afirmación que no es verdadera, no respecto al tipo penal). LORENZO, Leticia y MACLEAN SORUCO, Enrique. *Manual de Litigación Penal en Audiencias de la Etapa Preparatoria*. [S.E.] Bolivia. 2009. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/manualdefensalorenzo_maclean.pdf>

66 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. IDEMSA, Lima, 2010, pp. 775 y 776.



Como señala Duce, son funciones de la audiencia⁶⁷:

- Producir información de alta calidad (contradicción e interacción) para la toma de decisiones.
- Adoptar decisiones judiciales de la más alta calidad posible.
- Generar un entorno en que las partes pueden razonablemente ejercer sus derechos en el proceso.
- Resguardar la publicidad de las decisiones que se toman en el sistema de justicia criminal.

En ese sentido, tenemos que es necesario para el éxito de la reforma procesal penal que los operadores adquieran habilidades y buenas prácticas del sistema acusatorio, uno de estas buenas prácticas es la vigencia de la oralidad como medio para resolver, de ahí la importancia de la audiencia y la importancia que la mayoría de decisiones que se tomen deban hacerse por este medio.

Sin embargo, no todo acto puede ser realizado en audiencia, de ser así, las terminaciones anticipadas serían menos de las que actualmente se llevan a cabo; pues como se sabe estos actos son reservados, toda vez que tiene una lógica distinta: se busca el consenso y no la contradicción.

Algo similar ocurre con la confirmatoria de las medidas que restringen derechos, pues hay casos en los cuales se hace necesario guardar la reserva y llevar adelante de forma rápida el aseguramiento de los bienes incautados, por ello, es que se tiene que ver caso por caso, de ahí que la norma del artículo 203.3 señale: “Cuando la policía o el ministerio público, siempre que no se requiera previamente resolución judicial, ante supuestos de urgencia o peligro por la demora y con estrictos fines de averiguación, restrinja derechos fundamentales de las personas, corresponde al fiscal solicitar inmediatamente la confirmación judicial. El juez de la investigación preparatoria, sin trámite alguno, decidirá en el mismo día o a más tardar al día siguiente, confirmando o desaprobando la medida ejecutada por la policía o la fiscalía, salvo que considere indispensable el previo traslado a los sujetos procesales o, en su caso, la realización de

67 DUCE, Mauricio. “La Oralización de los Procesos en las Etapas Previas al Juicio: ¿Qué es una Audiencia?”. Módulo 1 del Curso Intermedio del Programa Interamericano de Formación de Capacitadores para la Reforma Procesal Penal 2008, Organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Citado por NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. IDEMSA, Lima, 2010, p. 776.

una audiencia con intervención del fiscal y del afectado. La resolución que ordena el previo traslado o la audiencia no es impugnabile”.

Por ello, el Acuerdo Plenario dijo: “La regla general en la materia es que la decisión judicial se dicta sin trámite alguno –el mismo día o a más tardar al día siguiente–, salvo norma específica al respecto (artículos 203 y 254.1 NCPP). En los dos supuestos de incautación, instrumental y cautelar, no se exige la celebración de una audiencia; solo el previo traslado a las partes o sujetos procesales, en especial al afectado, si no existiere riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida –si el conocimiento de la posible incautación podría determinar la desaparición u ocultamiento del bien o cosa delictiva–. Pero, por otro lado, es posible que el Juez, discrecionalmente, decida la realización de una audiencia. Disponer el traslado o realizar la audiencia es una decisión previa inimpugnabile, opción que, en caso de revisión de la decisión final, no puede ser censurada por el Tribunal Superior, a menos que ponga en serio riesgo la finalidad procesal de la incautación o no persiga utilidad procesal alguna”.

4.3. La inmediatez de la confirmación judicial

Se ha podido ver en el proceso de reforma procesal penal que uno de los problemas de más importancia y que ha dado lugar a controversia es la demora en pedir la confirmación judicial de la diligencia de incautación realizada por policías o fiscales, pues estamos ante una falta a lo que la ley señala, sin embargo, no se ha señalado alguna sanción para esta situación.

Frente a este vacío de la ley algunos operadores han señalado que nos encontramos en supuestos de caducidad, es decir, el fiscal, por el transcurso del tiempo, ha perdido la oportunidad de pedir la confirmatoria judicial y, por tanto, esta incautación no podrá ingresar al acervo probatorio.

Sin embargo, no hay norma que prevea esta caducidad, por ello, señala Chinchay⁶⁸ que la previsión expresa del artículo 144.2 debe entenderse que el no haber presentado la solicitud de confirmación no genera caducidad de la incautación, porque ello no está previsto normativa y expresamente. Decir que un fiscal debe formular su solicitud “inmediatamente” no es en propiedad un plazo.

Al respecto, el Acuerdo Plenario ha dicho: “La confirmación judicial constituye un requisito más de la incautación como actividad compleja que,

68 CHINCHAY CASTILLO, Alcides. Ob. cit., p. 17.



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 asociada, como consecuencia legalmente prevista, a específicas y severas sanciones procesales: nulidad absoluta o anulabilidad –requisito indispensable para anudar los efectos jurídicos correspondientes–.

En ese sentido, señala Burgos Mariño⁶⁹, que el nuevo Código Procesal Penal no prevé una consecuencia procesal contra la ilegalidad de la incautación, pero, sin duda, en tanto no sea objeto de confirmatoria judicial. El fiscal no lo podría utilizar, además de la responsabilidad administrativa disciplinaria que esta omisión le acarrearía al fiscal. Esto, en puridad, no es una sanción, lo cierto es que es una condición previa para su valoración por el juez, por lo que será de especial interés para el éxito de los requerimientos fiscales la verificación previa de la confirmatoria judicial.

Sin embargo, el punto central no es si existe o no una sanción procesal contra esta acción defectuosa del fiscal y el Acuerdo Plenario hace referencia a esto al señalar: “Siendo indispensable la intervención judicial, que es una condición previa para la valorabilidad de toda incautación desde la perspectiva probatoria, desde luego, no es posible utilizar como evidencia lo obtenido a través de la incautación mientras no se ha cumplido con el correspondiente control jurisdiccional”. El problema estriba en la fiabilidad probatoria de lo incautado.

Es decir, si las posibles fuentes de prueba son o no fiables. En ese sentido, tenemos que para valorar una prueba es necesario dos análisis, el análisis de la credibilidad o fiabilidad de la prueba y el contenido del mismo, es decir, qué quiere acreditar.

Así, frente a una prueba que en su producción no ofrece garantías de su fiabilidad no tendrá eficacia probatoria alguna, pues solo será fiable si

69 BURGOS MARIÑOS, Víctor. Ob. cit., p. 20.



guarda relación con el peso o fuerza de su valoración incluida la posibilidad de que sea considerada (o no) prueba de cargo con aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia⁷⁰.

De ahí que si bien no es legal anular la incautación o decir que ha caducado la facultad del fiscal de pedir la confirmatoria de esta diligencia, esta carecerá de legitimidad para probar algún hecho, pues se pone en duda que la cadena de custodia se haya llevado correctamente.

Además, debe considerarse, de *lege ferenda*, que permitir una prueba de esta entidad entre al acervo probatorio producirá efectos negativos en la conducta de los sujetos procesales, siendo contrario al proceso de reforma que una mala práctica como el no pedir la confirmatoria de inmediato (a menos que sea por causa justificada) sea tenida como válida. Por ello, debe legislativamente sancionarse con la ineficacia probatoria estas acciones.

Sobre la confirmación se puede ver la siguiente resolución recaída en el Exp. 2009-2604-25 emitido por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo:

“4.1. La medida limitativa de incautación mutatis mutandis a las medidas cautelares reales reguladas en el artículo 303, numeral 3 del CPP requiere la acreditación por la parte requiriente de: 1) El fumus boni iuris (apariencia del derecho): cuando en autos existan razones fundadas y objetivas para sostener razonablemente que el intervenido es con probabilidad autor o participe del delito objeto de investigación, 2) El periculum in mora (peligro en la demora): cuando exista riesgo fundado de ocultamiento o desaparición del bien, o evitar la permanencia del delito o la prolongación de sus efectos lesivos como lo precisa el artículo 312.

4.2. En el caso in examine, no obran indicios objetivos de sospecha fundada de la comisión actual del delito de contrabando (fumus boni iuris), pues la Fiscalía no ha ofrecido elemento de convicción alguno que acredite en grado de probabilidad positiva que las personas intervenidas hayan sustraído, eludido o burlado el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o no las hayan presentado para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias (UIT). El solo hecho que las ciudadanas intervenidas tengan en sus respec-

70 GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Control de la fiabilidad Probatoria: Prueba sobre Prueba en el Proceso Penal*. Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1999, p. 11.



tivos domicilios ubicados en el distrito de El Porvenir de la provincia de Trujillo, una máquina tragamonedas, no las convierte ipso facto en presuntas autoras del delito de contrabando, pues del propio texto del acta de incautación se constata que la Policía Nacional –pese a la adelantada preparación del operativo–, se desconoce los siguientes datos nucleares a la imputación de contrabando: 1) si en los inmuebles funcionaba algún negocio o comercio 2) si las máquinas se encontraban aptas para su funcionamiento, 3) si en forma preceden o concomitante las máquinas estaban destinadas para su utilización por el público en forma onerosa o gratuita y, 4) si el valor de la máquina tragamonedas sobrepasa las dos unidades impositivas tributarias equivalente a S/. 7,100.00 (siete mil cien nuevos soles) para calificar como delito de contrabando, precisando que por Decreto Supremo N° 169-2008-EF, para el ejercicio gravable 2009, el valor de la unidad impositiva tributaria es S/. 3,550.00 (tres mil quinientos cincuenta nuevos soles), habiéndose tomado como referencia el valor individual de cada una de las máquinas incautadas a las intervenidas y no la sumatoria de ellas, por encontrarnos aparentemente ante un concurso real de delitos como lo define el artículo 50 del Código Penal.

4.3. El Ministerio Público tampoco ha acreditado la urgencia o peligro (*periculum in mora*), para la ejecución motu proprio del allanamiento de domicilio e incautación de bienes, sin que medie autorización judicial previa. Las circunstancias de la presente investigación demuestran que el Escuadrón de Emergencia de la Policía Nacional, había organizado anticipadamente un operativo de represión de delitos de contrabando, mediante la incautación de máquinas tragamonedas en domicilios plenamente identificados, lo que ha sido corroborado por la señora Fiscalía interviniente en la audiencia oral y pública de fecha cinco de junio del dos mil nueve "... la policía tenía conocimiento de que en dichos distritos de Laredo y el porvenir, negocios abiertos, se venía trabajando con estas máquinas, que probablemente era de procedencia de contrabando, se tenía conocimiento en, ese sentido, invitan a la fiscalía a efecto de que en una operación conjunta proceder a intervenir..." (consta en audio); tal es así, que las incautaciones se realizaron sistemáticamente en cuatro inmuebles en menos de una hora, por tanto, no resulta razonable so pretexto de la prevención de delitos, se restrinja derechos fundamentales de los ciudadanos como la inviolabilidad de domicilio y a la propiedad en el presente caso, sin que medie una circunstancia de flagrante delito o peligro inminente de su perpetración. En suma, la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho impone que la regla para la restricción de derechos sea la autorización judicial *ex ante*, y la excepción será la ejecución directa de la medida intrusiva



por el Ministerio Público o la Policía Nacional, en tanto concurra una situación excepcional prevista legalmente que así lo justifique, debiendo la autoridad judicial revisar ex post la realidad del supuesto de hecho excepcional, así como la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la actuación policial.

4.4. Por lo expuesto, la incautación de oficio realizada por la Policía Nacional en los bienes muebles de las ciudadanas intervenidas, se realizó sin la concurrencia de los presupuestos del artículo 218.2, concordante con el artículo 259 del CPP, para la configuración de una situación de flagrancia o de peligro en al demora, como razón justificante de la medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y de la propiedad. Finalmente en cuanto al destino de los bienes incautados por el Fiscal, no confirmados judicialmente, debe procederse a su devolución al tenedor legítimo o a la persona de cuyo poder se obtuvieron, lo que tiene congruencia con el artículo 319.b del CPP sobre el efecto del levantamiento de la incautación.

Por estas consideraciones, SE RESUELVE:

III. PARTE RESOLUTIVA:

DESAPROBAR la confirmación judicial de las actas de incautación de máquinas tragamonedas requerido por el Primer Despacho de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, en el operativo policial de fecha diecinueve de mayo del dos mil nueve, en el domicilio sitio en la avenida Revolución número mil novecientos noventidós de Cristina Aguilar Cabrera, en la calle Junín número mil novecientos treinta y tres de Juana Zavaleta Lázaro, en la calle Manuel Seoane, manzana cuatro, lote diecinueve de Karen Luján Carranza y en la avenida Jaime Blanco número ochocientos dieciséis de Jomaira Lozano Ruíz, todos los inmuebles ubicados en el distrito El Provenir, provincia de Trujillo, departamento de La Libertad. Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, **DEVUÉLVASE** los bienes incautados a las intervenidas. **NOTIFÍQUESE**".

4.4. Trámite

El contenido de la resolución que autoriza la incautación especificará:

- El nombre del Fiscal autorizado.
- La designación concreta del bien o cosa cuya incautación o exhibición se ordena.
- De ser necesario, autorización para obtener copia o fotografía o la filmación o grabación.
- Indicación del sitio en el que tendrá lugar.

- Apercibimiento de ley para el caso de desobediencia al mandato.

Una vez obtenida la autorización, el fiscal la ejecutará inmediatamente, contando con el auxilio policial. Sin embargo, en caso que no se perjudique la finalidad de la diligencia, el fiscal señalará día y hora para la realización de la diligencia, con citación de las partes. Al inicio de la diligencia se entregará copia de la autorización al interesado, si se encontrare presente.

Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones o alteración de su estado original; igualmente se debe identificar al funcionario o persona que asume la responsabilidad o custodia del material incautado. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto.

Corresponde al Fiscal determinar con precisión las condiciones y las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de lo incautado, asimismo, los cambios hechos en ellos por cada custodio.

Sin perjuicio de lo anterior, si se trata de incautación de bienes muebles se procederá de manera que se tomen bajo custodia y –si es posible– se inscribirá en el registro correspondiente. Si se trata de bienes inmuebles o de un derecho sobre él, adicionalmente a su ocupación, se operará de manera que se anote en el registro respectivo dicha medida, en cuyo caso se instará la orden judicial respectiva.

Según la naturaleza y estado del bien incautado, se dispondrá su debida conservación o custodia.

V. LA EXHIBICIÓN

La diligencia de exhibición de bienes se encuentra regulada en el artículo 218 del NCPP⁷¹. Siendo aplicable a bienes u objetos que se requiera su constatación, a diferencia de la incautación que busca asegurar los

71 Artículo 218. Solicitud del Fiscal.

1. Cuando el propietario, poseedor, administrador, tenedor u otro requerido por el Fiscal para que entregue o exhiba un bien que constituye cuerpo del delito y de las cosas que se relacionen con él o que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados, se negare a hacerlo o cuando la Ley así lo prescribiera, el Fiscal, solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria ordene su incautación o exhibición forzosa. La petición será fundamentada y contendrá las especificaciones necesarias.



bienes que puedan servir como medios de prueba en el proceso penal afectando el derecho al patrimonio.

En ese sentido, señala Cafferata Nores⁷², que cuando el juez estime que el secuestro no es necesario, podrá simplemente ordenar que las cosas o documentos... sean presentados por quienes los poseen, salvo que éstos deban o puedan abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, de secreto profesional o de Estado. Esto quiere decir que la diligencia de exhibición forzosa es una medida menos grave que la del secuestro y, por ello, en defecto de ella se procederá al secuestro.

Así, esta diligencia restringe diversos derechos como el de intimidad, que tiene como uno de sus contenidos el que cualquiera no puede suministrar informaciones que afecten la intimidad de las personas, así, se debe tener en cuenta que la intimidad es un atributo de la persona al que solo tiene acceso el titular del derecho. Sin embargo, el Tribunal Constitucional⁷³ ha señalado que la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

En ese sentido, se debe de evaluar si la prescripción contenida en el artículo 2.5 de la Constitución Política del Estado⁷⁴ debe ceder frente a la necesidad de averiguar la comisión del ilícito penal, para estos efectos se requiere hacer un test de proporcionalidad⁷⁵.

En primer lugar se analiza la idoneidad de la medida que implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida *sub examine* para su consecución⁷⁶.

72 CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. De palma, Buenos Aires, 1998, p. 206.

73 Cfr. STC Exp. N° 00655-2010-PHC/TC, f. j. 19.

74 Artículo 2.

Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla 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.

75 Cfr. STC Exp. N° 00815-2007-PHC/T TC, f. j. 11.

76 Cfr. STC Exp. N° 0030-2004-AI/TC, f. j. 3.



VI. CONCLUSIONES

La incautación, si bien es una medida compleja, pues implica una medida que busca asegurar fuentes de prueba, así como busca guardar los bienes a efectos de asegurar el futuro decomiso.

De ahí que el NCPP lo haya regulado dos veces, sin embargo, esto no era necesario, toda vez que ambas finalidades están íntimamente ligadas, por lo que, para evitar confusiones, debió regularse en un solo capítulo.

Asimismo, es posible que haya una audiencia para efectuarse la confirmación de la medida, teniendo en cuenta el caso concreto, debiéndose preferir la instauración de la audiencia para mejorar las buenas prácticas en la reforma procesal penal.

También, debe sancionarse la falta de inmediatez entre la realización de la diligencia de incautación llevada a cabo por el fiscal o policía, sin mediar autorización; y la confirmatoria de la medida, pues no tener sanciones ayuda a la proliferación de malas prácticas y que los operadores encargados de hacer esto no lo hagan, volviendo a la confirmación en algo sin sentido.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La incautación de bienes en el proceso penal: medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos y medida cautelar". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010.

BURGOS MARIÑOS, Víctor. "La incautación en el nuevo Código Proceso Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010.

CAFFERATA NORES, José. *La prueba en el proceso penal*. De palma, Buenos Aires, 1998.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. LexisNexis, Santiago de Chile, 2004.

CHINCHAY CASTILLO, Alcides. "La incautación en el Acuerdo Plenario N° 5-2010/CJ-116". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2010.

CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. T. II. Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.



GASCÓN INCHAUSTI, Fernando. *El Control de la fiabilidad Probatoria: Prueba sobre Prueba en el Proceso Penal*. Ediciones Revista General del Derecho, Valencia, 1999.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Colex, Madrid, 2007.

JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

LANDA ARROYO, Cesar. "Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal". Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=147>> consultado el 11/03/11 a horas 15:30.

LORENZO, Leticia y MAC LEAN SORUCO, Enrique. *Manual de Litigación Penal en Audiencias de la Etapa Preparatoria*. [S.E.], Bolivia, 2009. Disponible en: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/manualdefensalorenzo_maclean>.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional: Parte general*. T. I. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. IDEMSA, Lima, 2010.

PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Derecho Procesal Penal*. T. I. Colex, Madrid, 2000.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Grijley, Lima, 2005.



SUBCAPÍTULO II
LA INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES Y TELECOMUNICACIONES

Artículo 230. Intervención o grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación^(*)

() Extremo modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*

"Artículo 230. Intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles".

- 1. El Fiscal, cuando existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad y la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones, podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la intervención y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 226.**
- 2. La orden judicial puede dirigirse contra el investigado o contra personas de las que cabe estimar fundadamente, en mérito a datos objetivos determinados que reciben o tramitan por cuenta del investigado determinadas comunicaciones, o que el investigado utiliza su comunicación.**
- 3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la acuerde, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir y grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la autoridad o funcionario, policial o de la propia Fiscalía, que se encargará de la diligencia de interceptación y grabación o registro.^(*)**

() Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*

- "3. El requerimiento del Fiscal y, en su caso, la resolución judicial que la autorice, deberá indicar el nombre y dirección del afectado por la medida si se conociera, así como, de ser posible, la identidad del teléfono u otro medio de comunicación o telecomunicación a intervenir, grabar o registrar. También indicará la forma de la interceptación, su alcance y su duración, al igual que la dependencia policial o Fiscalía que se encargará de la diligencia de intervención y grabación o registro.**

El Juez comunicará al Fiscal que solicitó la medida el mandato judicial de levantamiento del secreto de las comunicaciones. La



comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, a efectos de cautelar la reserva del caso, será mediante oficio y en dicho documento se transcribirá la parte concerniente".

4. *Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deberán facilitar, en el plazo máximo de treinta días hábiles, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones, así como la información sobre la identidad de los titulares del servicio, los números de registro del cliente, de la línea telefónica y del equipo, del tráfico de llamadas y los números de protocolo de internet, que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigos al procedimiento. El juez fija el plazo en atención a las características, complejidad y circunstancias del caso en particular. Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos o software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú.^(*)^(**)*

() Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.*

*(**) Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*

- "4. Los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones deben facilitar, en forma inmediata, la geolocalización de teléfonos móviles y la diligencia de intervención, grabación o registro de las comunicaciones que haya sido dispuesta mediante resolución judicial, en tiempo real y en forma ininterrumpida, las 24 horas de los 365 días del año, bajo apercibimiento de ser pasible de las responsabilidades de ley en caso de incumplimiento. Los servidores de las indicadas empresas deberán guardar secreto acerca de las mismas, salvo que se les citare como testigo al procedimiento.*

Dichos concesionarios otorgarán el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional del Perú. Asimismo, cuando por razones de innovación tecnológica los concesionarios renueven sus equipos y software, se encontrarán obligados a mantener la compatibilidad con el Sistema de Intervención y Control de las Comunicaciones de la Policía Nacional".



5. *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.*
 6. *La interceptación no puede durar más de treinta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria.^(*)*
- (*) *Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*
- "6. La interceptación no puede durar más de sesenta días. Excepcionalmente podrá prorrogarse por plazos sucesivos, previo requerimiento sustentado del Fiscal y decisión motivada del Juez de la Investigación Preparatoria".*

Artículo 231. Registro de la intervención de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación

1. *La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior, será registrada mediante su grabación magnetofónica u otros medios técnicos análogos que aseguren la fidelidad del registro. La grabación será entregada al Fiscal, quien dispondrá su conservación con todas las medidas de seguridad correspondientes y cuidará que la misma no sea conocida por terceras personas.^(*)*
- (*) *Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*
- "1. La intervención de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación que trata el artículo anterior será registrada mediante la grabación y aseguramiento de la fidelidad de la misma. Las grabaciones, indicios y/o evidencias recolectadas durante el desarrollo de la ejecución de la medida dispuesta por mandato judicial y el Acta de Recolección y Control serán entregados al Fiscal, quien dispone su conservación con todas las medidas de seguridad al alcance y cuida que las mismas no sean conocidas por personas ajenas al procedimiento".*
 2. *El Fiscal dispondrá la transcripción escrita de la grabación, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar los originales de la grabación. Las comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda la transcripción o copias de ellas por el Ministerio Público. No rige esta última disposición respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos en tanto pudieren constituir un hecho punible.^(*)*



(*) *Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:*

"2. *Durante la ejecución del mandato judicial de los actos de recolección y control de las comunicaciones se dejará constancia en el Acta respectiva de dichos actos. Posteriormente, el Fiscal o el Juez podrán disponer la transcripción de las partes relevantes de las comunicaciones, levantándose el acta correspondiente, sin perjuicio de conservar la grabación completa de la comunicación. Las grabaciones serán conservadas hasta la culminación del proceso penal correspondiente, ocasión en la cual la autoridad judicial competente dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes. Igual procedimiento adoptará el Fiscal en caso la investigación no se judicialice, previa autorización del Juez competente.*

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, con la celeridad e inmediatez que el caso amerita.

Las Actas de Recolección y Control de las Comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes".

3. *Una vez ejecutada la medida de intervención y realizadas las investigaciones inmediatas en relación al resultado de aquélla, se pondrá en conocimiento del afectado todo lo actuado, quien puede instar el reexamen judicial, dentro del plazo de tres días de notificado. La notificación al afectado sólo será posible si el objeto de la investigación lo permitiere y en tanto 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.*

4. *La audiencia judicial de reexamen de la intervención se realizará en el más breve plazo. Estará dirigida a verificar sus resultados y que el afectado haga valer sus derechos y, en su caso, impugnar las decisiones dictadas en ese acto.*

"5. *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"*(*)).

(*) *Numeral incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013.*



COMENTARIO:

**VALIDEZ PROBATORIA DE LA GRABACIÓN DE UNA
CONVERSACIÓN PRIVADA REALIZADA POR UNO DE LOS
INTERLOCUTORES MEDIANTE "TRAMPAS DE ESCUCHAS"**

JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA*

I. INTRODUCCIÓN

Muchas veces hemos visto en los programas periodísticos de televisión la presentación de audios o videos que captan conversaciones privadas con el objetivo de demostrar la comisión de un hecho ilícito, en especial, es usual que se utilice para acreditar actos de corrupción de funcionarios públicos, donde estos funcionarios públicos confiesan sus delitos. Es común que la captación de esta conversación por uno de los interlocutores haya sido realizada mediante el método de "trampas de escuchas"; esto es, que sin saber que está siendo grabado el sujeto sometido a "trampas de escuchas"¹ es inducido por su interlocutor, la más de las veces un periodista, al confesar la comisión de un delito en el que ha participado o a delatar a un tercero.

En el mundo periodístico, este es un método válido para obtener información, pero si este documento videográfico o magnetofónico que tiene potencialidad para constituir una prueba de cargo fuese incorporado a un proceso penal, ¿tendría validez probatoria?

Esta situación podría generar una serie de colisiones con derechos fundamentales, ya que la Constitución reconoce el derecho al secreto de las comunicaciones privadas y el derecho a la intimidad, que podrían verse afectados por la captación, almacenamiento y difusión de una conversación privada sin autorización de uno de los interlocutores. Pero además, porque cuando el sujeto es inducido a confesar la comisión de un delito sin las garantías legales y fuera del ámbito de la administración de justicia, podría pensarse en la violación al derecho que prohíbe la autoincriminación. Con lo que, de verificarse la vulneración de derechos fundamentales, tendríamos que inclinarnos por la invalidez probatoria de estas pruebas al considerar las pruebas prohibidas o ilícitas.

* Fiscal Adjunto Provincial Especializado en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas (Competencia a Nivel Nacional) a nivel de Lima.

1 Ver al respecto: ROXIN, Claus. "Comentarios a la resolución del Tribunal Supremo Federal Alemán sobre las trampas de la escucha" (traducción de De Hoyos Sancho, Montserrat). *Poder Judicial*, N° 47, 1997, págs. 179-205.



En la jurisprudencia y doctrina comparada hemos encontrado dos posiciones contradictorias. La primera invalida la prueba por considerar que vulnera derechos fundamentales, y la segunda le otorga validez probatoria estableciendo que no hay vulneración de esos derechos.

Pero si pasa el filtro de la licitud y puede ser aportada en el proceso penal, ¿cuáles son sus requisitos de admisibilidad y valoración?

Por ello, el objetivo de esta investigación es dilucidar esta problemática y fundamentar una de esas posiciones, verificando además, los requisitos de validez, en la producción, incorporación y actuación de la prueba en sede del proceso penal, por las que debería pasar un medio de prueba de este tipo para finalmente ser valorada por el juzgador y ser idónea para introducir elementos de prueba capaces de enervar la presunción de inocencia del imputado.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS: LOS REQUISITOS PARA LAS INTERCEPTACIONES DE COMUNICACIONES

En principio hay que precisar que la Constitución resguarda el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones privadas². Se trata del derecho que tiene la persona de disponer de una esfera privada de libertad, un ámbito doméstico (que funciona como su reducto infranqueable o zona intangible), el cual no puede ser invadido por terceros (otros individuos y el propio Estado), mediante intromisiones o avasallamientos sin permiso ni justificación. Se caracteriza por su contenido extrapatrimonial, perpetuo y oponible *erga omnes*³.

Por ello, se considera a estos derechos como elementos indispensables del Estado de Derecho⁴, que prohíben la intromisión de terceros en la esfe-

2 La normativa supranacional contempla en el artículo 11.2.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como parte de la protección de la honra y a la dignidad, que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se manifiesta diciendo: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques" y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se atiene exactamente a los mismos términos.

3 MALJAR, Daniel E. "El proceso penal y las garantías constitucionales". Buenos Aires: Ad Hoc, (s.d.), pág. 287.

4 Cf., CAFFERATA NORES, José I. "Proceso penal y derechos humanos". Buenos Aires: CELS, 2000, pág. 13.

ra privada del sujeto, en su vida íntima y personal, en el resguardo y secreto de sus comunicaciones privadas⁵. Sin embargo, desde hace mucho tiempo, los avances en la tecnología han permitido la creación de técnicas capaces de interceptar, almacenar y difundir conversaciones de terceros. Estas técnicas han sido puestas al servicio de las necesidades de investigación criminal, en especial cuando se aplica para dilucidar las actividades de organizaciones criminales⁶.

Pero es claro, como anota Guerrero Peralta, que "los componentes constitucionales del derecho a la intimidad son un dique claro frente a la investigación penal. Tanto en materia de registros, como de interceptación de comunicaciones, se impone la disciplina de reserva legal (los motivos para su procedencia deben estar contemplados en la ley) y reserva judicial (ambos requieren de autorización judicial)"⁷.

Entonces, la posibilidad de escuchar la conversación privada de terceros solo es legal cuando se hace en el marco de una investigación criminal, cuando existen supuestos fácticos claramente establecidos por la ley (la reserva legal) y cuando un juez penal competente autoriza de manera motivada, que respete los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad dicha medida limitativa de derecho (reserva judicial)⁸.

Así, Joan Queralt precisa que esos principios deben respetarse cuando el juez autoriza la detención o captura de documentos y papeles privados, pero aún más cuando se trata de interceptación de comunicaciones por medios técnicos o escuchas telefónicas:

"(...) si bien para la detención y lectura de papeles y documentos, se prevé que se lleve a cabo solo cuando hubiere indicios graves que de esta diligencia resultará el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa. O

-
- 5 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993: análisis comparado". Lima: Rao, 1999, pág. 129. WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. "El derecho a la intimidad". Cívitas. Madrid, 1995. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. "Manifestaciones del Derecho a la intimidad personal y familiar", *Revista General de Derecho*, N° 432, 1980, págs. 1042-1057. RUIZ MIGUEL, Carlos. "La configuración constitucional del derecho a la intimidad". Cívitas. Madrid, 1995.
 - 6 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "La criminalidad organizada". Madrid: Dykinson, 2000, págs. 15 y ss. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, Tomás Vicente. "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal". Colex. Madrid, 1991.
 - 7 GUERRERO PERALTA, Oscar Julián. "Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal". Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005, pág. 54.
 - 8 ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara y otros. "Derecho Procesal Penal". Centro de Estudios Ramón Areces SA. Madrid, 1993, pág. 371. PASCUA, Francisco Javier. "Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones". Cuyo. Córdoba, pág. 104.

lo que es lo mismo: se pone el acento en los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (por todas, STEDH 30-7-1998; SSTC 181/1995 –ff jj 5 ss.–, 54/1996 –f j 7–, 202/2001 –f j 2–; SSTS 5-9-1999, 4-4 y 7-6-2002; ATS 18-6-1992). Estos principios deben presidir, con más razón aun, la intervención de las comunicaciones en todas sus fases policiales y judiciales, de petición, autorización, observación, incorporación a la causa, transcripción y conservación. La interpretación conforme a la Constitución y la intrasistemática que demanda toda norma jurídica impone forzosamente esta delimitación. Dicho en otras palabras: no procede la intervención de las (tele)comunicaciones ni por todas las infracciones –solo por las graves– ni, aun siendo los hechos graves, si existen otros medios investigadores menos lesivos (SSTC 39/1987, 160/1994, 50 y 181/1995, 54/1996), doctrina que el Tribunal Supremo, aunque parece seguir, lo hace, al menos en ocasiones, de modo muy laxo (por ejemplo, STS 7-4-1997)”⁹.

Los fundamentos y procedimientos para que el juez autorice la interceptación de comunicaciones privadas se encuentran regulados en los artículos 230 y 231 del nuevo Código Procesal Penal. En la legislación vigente, la Ley N° 27697, modificada por el Decreto Legislativo N° 991, establece los casos precisos en los que cabe la autorización judicial para que el Ministerio Público a través de la Policía Nacional para interceptación de comunicaciones privadas en el marco de una investigación criminal¹⁰.

El Tribunal Supremo alemán ha fundamentado la necesidad de autorización judicial en la adopción de medidas restrictivas de derechos durante la investigación criminal, como el registro domiciliario, situación que es extensible al supuesto de interceptación de conversaciones privadas, en el sentido de que: “La finalidad de protección que orienta el derecho fundamental se expresa a favor de la interpretación textual. En realidad parece ser que para el caso del registro por vía de ejecución judicial, el peligro de los abusos es menor que en otros casos (...) La intervención que se lleve a cabo a través de un registro solo puede llevarse a cabo, por tanto, cuando previamente una

9 Cf., QUERALT, Joan. “Las escuchas de las comunicaciones telefónicas en la Instrucción Penal. Especial referencia a las acaecidas entre el letrado y el cliente”, En: *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*. Colex. Madrid, 2006, pág. 1140.

10 Para un estudio de la legislación vigente en materia de interceptaciones telefónicas ver: UGAZ ZEGARRA, Fernando. “Comentarios al Decreto Legislativo 991”. *Jus Legislación N° 7*, Julio 2007, pág. 416.



instancia dotada con independencia judicial, ha examinado si de dan los presupuestos legales”¹¹.

La jurisprudencia española¹², apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹³, ha delineado las condiciones y requisitos mínimos que debe contener una resolución judicial que autoriza las interceptaciones de las comunicaciones privadas:

- Mandamiento judicial motivado y emitido dentro de unas diligencias penales.
- Indicios de la perpetración de un hecho, más allá de las sospechas o conjeturas.
- Mantenimiento del principio de proporcionalidad, reservando esta diligencia a los hechos de mayor gravedad y trascendencia.
- Observancia de los principios de necesidad, esto es, que no hay otro medio de investigación.
- El concreto número de abonados que habrán de ser objeto de investigación.
- Un límite temporal para la intervención, los periodos en que, mientras esté vigente la intervención, tendrá que producirse la dación de cuenta por parte de la policía judicial al juez de instrucción, así como el delito o delitos que es o son objeto de diligencias.
- Y entrega de los originales íntegros de las grabaciones al juzgado autorizante u ordenante.

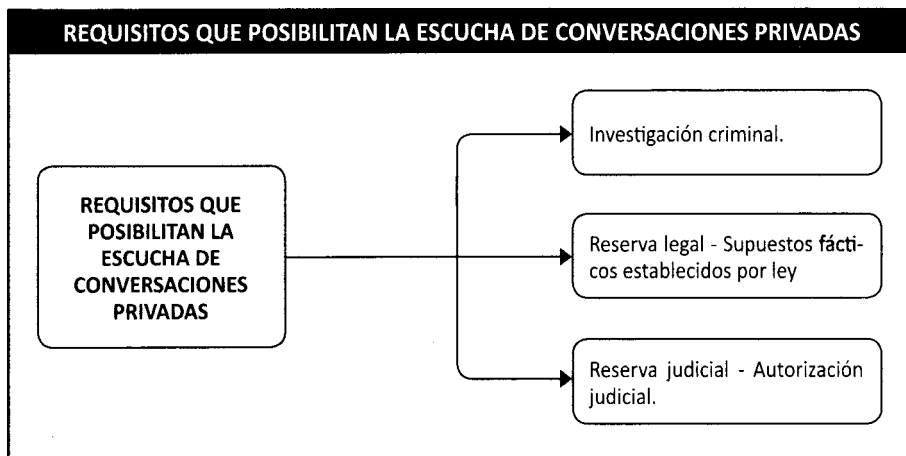
11 SCHWABW, Jürgen (comp.) “Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”. Bogotá: Ed. Jurídica Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, 2003, pág. 278.

12 STC 143/2003, STC 54/1996, STC 26/1981, SSTC 200/1997 –f j 4–, 166/1999 –f j 7–, 126/2000 –f j 7–, 299/2000 –f j 4; SSTC 238/1989, 160/1994, 50/1995, 49, 54 y 170/1996, 200/1997, 192/2002; STS 23-12-1994, STS 7-7-1993.

13 STEDH 30-7-1998 (caso Valenzuela). STEDH de 18-2-2003 (caso Prado Bugallo), aquí se precisó que: “30. La Cour estime cependant que les garanties introduites par la loi de 1988 ne répondent pas à toutes les conditions exigées par la jurisprudence de la Cour, notamment dans les arrêts *Kruslin c. France* et *Huvig c. France*, pour éviter les abus. Il en va ainsi de la nature des infractions pouvant donner lieu aux écoutes, de la fixation d’une limite à la durée d’exécution de la mesure, et des conditions d’établissement des procès-verbaux de synthèse consignants les conversations interceptées, tâche qui est laissée à la compétence exclusive du greffier du tribunal. Ces insuffisances concernent également les précautions à prendre pour communiquer intacts et complets les enregistrements réalisés, aux fins d’un contrôle éventuel par le juge et par la défense. La loi ne contient aucune disposition à cet égard”.

Ya que, en un Estado de Derecho, no se acepta la idea de que en la búsqueda de la verdad en un proceso penal se sacrifiquen los derechos y libertades fundamentales de los individuos.

Con todo, queda claro que toda intromisión de terceros en las comunicaciones de un individuo resulta lesivo a su derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones, y cualquier prueba así obtenida resulta siendo inválida. Solo es válida la prueba obtenida mediante la interceptación de comunicaciones privadas cuando media una autorización judicial debidamente motivada, respetuosa de los requisitos aquí enunciados.



III. NO SE VULNERA EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CUANDO UNO DE LOS INTERLOCUTORES CAPTA LA CONVERSACIÓN MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”

Ahora bien, entrando al tema que nos ocupa, como apunta Climet Durán, las intervenciones orales consisten en grabar la propia conversación con un interlocutor, a fin de utilizar esa grabación como un medio probatorio contra dicho interlocutor o contra un tercero. La conversación puede ser personal o en directo, o también telefónica; y la grabación puede hacerse por vía magnetofónica o videográfica¹⁴.

El problema se sitúa entonces en establecer si en los casos de captación de conversaciones hecha por uno de los interlocutores, vamos a exigir tam-

LEGALES EDICIONES

14 CLIMET DURÁN, Carlos. “La prueba penal”. Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, pág. 1946.

bién una resolución judicial autoritativa, bajo las mismas condiciones de los supuestos glosados en el apartado anterior.

La respuesta satisfactoria al problema que surge, pasa necesariamente por comprobar si la prueba videográfica o magnetofónica obtenida mediante "trampa de escuchas" por uno de los interlocutores, ha violentado o no derechos fundamentales¹⁵. Ya que, como se sabe, por las reglas de exclusión probatoria, una prueba obtenida en violación de derechos fundamentales carece de validez probatoria y debe ser excluida del proceso¹⁶.

Para Climent Durán, en estos casos no es preciso una previa autorización judicial, como sin duda es preceptivo en el caso de que se trate de interceptar la conversación telefónica mantenida entre dos personas ajenas a quien realiza tal interceptación, ya que cuando se graba la conversación en que interviene personalmente quien realiza la grabación no resulta vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones¹⁷.

Una refutación a esta posibilidad proviene de una sentencia de un Tribunal de los Estados Unidos, consignada por Jauchen¹⁸, que cuestiona la técnica de la trampa de escuchas y priva de valor probatorio a la prueba así obtenida, en la que se sostuvo que: "(...) cuando uno invita a otra persona a su casa u oficina asume el riesgo de que el visitante pueda repetir todo lo que escucha y observa durante la visita. Pero de allí no se desprende que quien invita a otra acepta también el riesgo de que lo que vio o escuchó sea transmitido por fotografías o grabaciones audiovisuales. Una interpretación diferente tendría perniciosos efectos sobre la dignidad humana"¹⁹.

-
- 15 Cf., NAVAJAS RAMOS, Luis. "La prueba videográfica en el proceso penal su valor y límites para su obtención". *EGUZKILORE*. Número 12, San Sebastián, Diciembre de 1998. pág. 151. CLIMET DURÁN. "La prueba penal". Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 343. TORRES MORATO, Miguel *et alio*. "La prueba ilícita penal". Navarra: Aranzandi, 2000, pág. 240.
- 16 Cf., DÍAZ CABIALE, José Antonio *et alio*. "La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida". CIVITAS. Madrid, 2001, pág. 65 y sgtes. GUARIGLIA, Fabricio. "Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el proceso penal". Editores de Puerto. Buenos Aires, 2001, págs. 7 y sgtes. ZAPATA GARCÍA, María. "La prueba ilícita". LexisNexis. Buenos Aires, 2004, págs. 27 y sgtes. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. *et alio*. "La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial". Aranzandi. Navarra, 2003, págs. 42 y sgtes.
- 17 CLIMENT DURÁN. "La Prueba Penal". Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 1946-1947.
- 18 JAUCHEN, Eduardo. "Tratado de la prueba en materia penal". Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 2004, págs. 208 -209.
- 19 Caso "Dietmann vs. Time", Trib. De Circuito N° 9.449 F. 2d 245.9 th Cir., 1971.

En la misma línea argumental se sostuvo que: "(...) en el momento que yo decido hablar con otra persona, estoy abandonando cualquier defensa relativa a la privacidad. Después de todo, estoy hablando con una persona y debo saber que siempre existe el riesgo que esa persona hable con otros. Si es así, también podría asumir el riesgo de que me esté grabando. Pero esto, ¿es realmente así? ¿O es que hay algo oculto? El engaño se potencia porque no adoptamos las mismas actitudes en general cuando hablamos a un número pequeño de personas que cuando lo hacemos frente a un número desconocido. Además, se puede asumir el riesgo de contradecir los dichos de otro con alguna expectativas de éxito; sin embargo, es evidente que no es lo mismo contradecir mi propia voz o imagen, por lo que el riesgo asumido es bien diferente"²⁰.

Entonces, para esta posición, una "trampa de escuchas" vulneraría una "expectativa de privacidad", porque el sujeto no sabe que está siendo grabado y por tanto no mide la información que proporciona a su interlocutor y en realidad no quiere que se sepa esa información que le desfavorece. De lo que se deduce entonces, que la intromisión al derecho constitucional a la intimidad mediante "trampa de escuchas" requeriría de autorización judicial, y de no mediar ella la prueba así obtenida tendría que ser excluida del proceso.

Ante esto, hay que tener en cuenta en primer lugar lo dicho por Jauchen: "Los particulares tienen derecho a efectuar investigaciones respecto a la comisión de delitos, para lo cual pueden utilizar legítimamente medios técnicos de obtención ocultos de registración a efectos de presentarlos como prueba ante la autoridad, y este modo de proceder no afecta en modo alguno el derecho a la intimidad ni el de no autoincriminación, siendo absolutamente válidos como medios de prueba"²¹. Que se relaciona estrechamente al derecho a probar que le asiste a todas las partes procesales, y por tanto también a la parte civil, que puede aportar medios de prueba para acreditar el delito cometido en su contra²².

20 SMOLLA, Rodney. "Qualified, intimacy, celebrity and the case for a newsgathering privilege". 33 Rich. L Rev., 1233.

21 JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., págs. 207-208.

22 El Tribunal Constitucional ha dicho sobre el derecho a la prueba que: "Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia". STC Exp. N° 6712-2005-HC-TC.



Entonces, en primer lugar, los particulares pueden efectuar investigación criminal y aportar las pruebas que obtengan al juzgador de manera oportuna y cumpliendo los requisitos legales para el efecto.

Por otro lado, el argumento que invalida la prueba obtenida por un particular mediante la grabación de una conversación privada en la que participó es refutado por Montero Aroca²³, quien precisa que el supuesto de que uno de los intervinientes en una comunicación telefónica proceda a grabar la conversación mantenida y de que el soporte físico de la misma lo presente después en un proceso laboral, fue el estudiado en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 114/1984²⁴, del 29 de noviembre, en la que se con-

23 MONTERO AROCA, Juan. "La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal". Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, págs. 23-24.

24 El derecho al "secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último, sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición de todos del "secreto" la libertad de las comunicaciones, siendo cierto en el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo).

No hay "secreto" para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto del "secreto" en el artículo 18.3 tiene un carácter "Formal", en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenencia o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es "secreto", en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que se pesa el deber impuesto por la norma constitucional.

Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del "secreto" no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, si no, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 CE, un posible "deber de reserva" que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría, así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.3 CE).

tribuyó que esa grabación no es contraria al derecho del artículo 18.3 de la Constitución española (en el caso peruano el artículo 2 inciso 10 de la Constitución Política). La grabación por uno de los documentos no afecta al secreto de las comunicaciones y, desde luego, no guarda relación con la intervención realizada por resolución judicial en un proceso penal en marcha²⁵. Ya que no

Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba esta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en un escrito de alegaciones). La grabación en sí—al margen su empleo ulterior— solo podría constituir un ilícito sobre la base de un reconocimiento hipotético “derecho a la voz” que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que si pueda existir en algún Derecho extranjero. Tal protección de la propia voz existe solo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, solo en la medida en que la voz ajena, sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (artículo 7.6 de la citada LO 1/1982. “utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”).

- 25 STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997/4263): “Las conversaciones que un ciudadano, simple particular, no perteneciente al Poder pueda tener con otro, pueden grabarse por aquel sin precisar autorización judicial. En este sentido se pronuncia la Resolución de esta Sala 8831994, de 11 de mayo, que sostiene que: a) Como es sabido los derechos fundamentales protegen al individuo frente al Estado, dado que son derechos previos a la existencia de este. Por el contrario los derechos fundamentales no producen ninguna vinculación general de sujetos privados, o dicho técnicamente carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros. Las excepciones a este principio requieren una fundamentación especial, dado que dicho efecto obligante de terceros no surge de la constitución misma. La pretensión del recurrente, en consecuencia, solo podría ser acogida si en el caso de los derechos que invoca fuera posible admitir una excepción a la exclusión del efecto horizontal de los derechos fundamentales. b) Dicho esto es claro en primer lugar, que no existe una vulneración del derecho a la intimidad cuando el propio recurrente es el que ha exteriorizado sus pensamientos sin coacción de ninguna especie. Tal exteriorización demuestra que el titular del derecho no desea que su intimidad se mantenga fuera del alcance del conocimiento de los demás. Pretender que el derecho a la intimidad alcanza inclusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto a comunicado a otros, sean mantenidos en secreto, por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que se pueda otorgar al derecho fundamental a la intimidad. Dicho en otras palabras: el artículo 18 CE no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro. c) Asimismo, el derecho al secreto de las comunicaciones, que, reiteramos, como todo derecho fundamental se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, tampoco, puede generar un efecto horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos que implique la obligación de discreción o silencio de estos. Por lo tanto, pretender que la revelación realizada por el denunciante de los propósitos que la comunicaron los

hay secreto para aquel al que va dirigido la comunicación, y la Constitución no exige que el interlocutor “guarde el secreto” de lo que se le ha dicho, esto es, no hay una “expectativa de privacidad”.

En el mismo sentido, la jurisprudencia española ha considerado que el mandato constitucional que consagra el secreto a las comunicaciones no vincula a los particulares. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo español 1179/2001, de fecha 20 de julio, preciso que:

“En relación a la grabación de la conversación privada por uno de los intervinientes, debemos declarar su validez –cuestión distinta es la valoración que puede hacerse de ella–, por estimar que una grabación en tales circunstancias no está sujeta al estándar de garantía que protege el secreto de las comunicaciones (...). En efecto la norma constitucional del artículo 18.3 se dirige inequívocamente a garantizar su impermeabilidad por terceros ajenos a los conversadores es indispensable para configurar el ilícito constitucional. En tal sentido se pueden citar las STC núm. 114/1984, de 19 de noviembre y la de esta Sala del 5 de febrero de 1996 (...) el secreto de las comunicaciones se refiere esencialmente a la protección de los ciudadanos frente al Estado, sin que, en principio, pueda generar efectos en el plano horizontal, es decir, frente a otros ciudadanos”.

Entonces queda claro que, no hay “secreto” para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. El contenido formal del secreto de las comunicaciones implica que solo puede hacerse valer respecto de terceros en la comunicación, esto es, que los terceros, ajenos a la comunicación están prohibidos de escucharla, almacenarla o difundirla. La norma constitucional no prohíbe que el participante de la comunicación capte o divulgue su contenido, porque él es el des-

acusados vulnera un derecho constitucional al secreto, carece de todo apoyo normativo en la constitución. De ello se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente. La Constitución y el derecho ordinario, por otra parte, no podrían establecer un derecho a la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en secreto por el destinatario de la misma. En principio, tal derecho resulta rotundamente negado por la obligación de denunciar que impone a todos los ciudadanos el artículo 259 de la Ley de enjuiciamientos Criminal, cuya constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio por ninguno de los sujetos del presente proceso.

tinario de la conversación, salvo que el contenido de la misma revele información sobre la vida íntima o la intimidad personal de los interlocutores que no sabían que estaban siendo grabados²⁶. Y, porque lo único que hace la cinta videográfica o magnetofónica es reproducir lo que el participante en la conversación vio con sus ojos y escuchó con sus oídos. La Sentencia del Tribunal Supremo español 977/1999, de 17 de junio, se pronuncia en ese sentido:

“Lo que grabó David fue lo que le exhibió y dijo el acusado, es decir, lo que vio con sus ojos y lo que oyó con sus oídos. Ninguna otra cosa aporta la grabación, y no existe inconveniente alguno para que pueda transferir esas percepciones a un instrumento mecánico de grabación de imágenes que complemente y tome constancia de lo que el acusado le dijo y exhibió ante su presencia, grabación que viene a corroborar las declaraciones que el menor depuso ante la policía y posteriormente en el proceso criminal”.

Y además, porque no existe esa expectativa de “privacidad”, la Constitución no exige que el interlocutor guarde el secreto de lo que se le ha dicho. Pretender ello, es extender indebidamente un aspecto de protección al derecho a la intimidad que la Constitución no realiza, y además porque en las manifestaciones verbales, la expectativa de privacidad sobre la información se pierde una vez que el imputado decide brindar esa información a terceras personas, sin importar que desconozca que está siendo grabado²⁷. Así, lo sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo español 1215/1994, de 29 de septiembre:

“Esta Sala admite la legitimidad de la grabación subrepticia de una conversación entre personas realizada por una de ellas sin advertírsele a la otra ya que no ataca a la intimidad ni al derecho de las comunicaciones: cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un tertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las transmite, más o menos confiadamente a los que escuchan, quienes podrán usar su contenido sin incurrir en ningún tipo de reproche jurídico (Sentencia de 1 de marzo e 1996). Pretender que el derecho a la intimidad alcance in-

26 Sentencia del Tribunal Supremo español 883/1994, de 11 de mayo.

27 BOVINO, Alberto y PINTO, Federico. “La prueba preconstituida por particulares. Su incorporación y valoración en el procedimiento penal”. En: PLAZAS Florencia y HAZAN, Luciano (Compiladores). *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2006, pág. 296.



clusive al interés de que ciertos actos, que el sujeto ha comunicado a otros, sean mantenidos en secreto por quien ha sido destinatario de la comunicación, importa una exagerada extensión del efecto horizontal que pudiera otorgar al derecho a la intimidad. En otras palabras: el artículo 18 de la Constitución no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro (sentencia de 11 de mayo de 1994). En análogo sentido las Sentencias de 30 de mayo de 1995, 5 de febrero y 27 de noviembre de 1998."

Eduardo Jauchen²⁸, ofrece un argumento adicional para considerar que el derecho a la intimidad y al secreto en las comunicaciones no se vea violentado por una "trampa de escuchas", en el sentido que:

- a) El delincuente no actúa en ejercicio de la intimidad ni podría ampararse en ella. La comisión o confesión de un delito a un particular puede ser "clandestina", entorno que siempre aprovecha el sujeto para delinquir procurando impunidad, lo cual es muy diferente a "intimidad".
- b) Está de por medio el orden público y la "seguridad jurídica" comprometida, y confrontada con la garantía a la intimidad, esta última sucumbe, aunque existiera.
- c) Quien mantiene un diálogo con otra persona, por cualquier medio de comunicación que fuere, confesando sus actividades delictivas, se expone libre y voluntariamente a que su interlocutor pueda luego delatarlo, asume el riesgo, renunciando de este modo a una "razonable expectativa de privacidad".
- d) Lo anterior en nada cambia por el hecho de que el interlocutor además de escucharlo personalmente esté grabando o filmando ocultamente el diálogo; la resignación a la que se expone el delincuente legitima esta subrepticia forma de adquisición probatoria.
- e) La garantía de la intimidad no alcanza al delincuente, quien con su hecho la desborda e invalida²⁹.
- f) El particular que frente a un hecho delictivo, actúa obteniendo pruebas en forma oculta en legítima defensa, ya sea de sí mismo, de un tercero o de la comunidad, lo cual despeja cualquier eventual antijuridicidad que

28 JAUCHEN, Eduardo. Ob. cit., págs. 216-217.

29 Cf., JAUCHEN, Eduardo. "La cámara oculta y el proceso penal". En: *Zeus* del 19-11-98, N° 6055, pág. 2.



podiera reprocharse a sus métodos de comprobación, pues se encuentran cubiertos todos los requisitos que exige el Código Penal³⁰.

- g) Si se admite que quien se expone de algún modo a ser visto o escuchado por terceros en una determinada conducta renuncia en gran medida a su intimidad, cuanto más renuncia quien actúa delictivamente y lo transmite a un tercero.
- h) El principio procesal penal de la “libertad probatoria”, según el cual “todo se puede probar y por cualquier medio”, involucra la absoluta validez de estos medios de prueba aunque hayan sido obtenidos en forma oculta. La ocultación del medio técnico utilizado es irrelevante frente al resto de los argumentos enumerados anteriormente.

Desde esta perspectiva, si la captación de la conversación ha sido realizada por uno de los interlocutores, no se puede considerar prueba ilícita³¹ que atente contra los derechos constitucionales a la intimidad (artículo 2.7 de la Constitución Política), al secreto e inviolabilidad en las comunicaciones privadas (artículo 2.10 de la Constitución Política)³².

IV. NO SE VULNERA LA GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN CUANDO UNO DE LOS INTERLOCUTORES CAPTA LA CONVERSACIÓN MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”

Una situación más complicada se suscita cuando se analiza el problema de la “trampa de escuchas” en relación con la garantía de no autoincriminación³³, que se encuentra regulado en el artículo 139.3 de la Constitución

30 Cf., BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal. Parte general”. Bogotá: Temis-Illanud, Colombia, págs. 122 y sgtes.

31 Ver al respecto: NAVAJAS RAMOS, Luis. Ob. cit., pág. 161. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. PASCUA, Francisco Javier. “Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones”, pág. 108.

32 Cf., JAÉN VALLEJO, Manuel. “Justicia penal en la jurisprudencia constitucional 2000”. Madrid: Dykinson, 2001, pág. 193. MORALES PRATS, Fermín et al. “Comentarios a la parte especial del Derecho Penal”. Navarra: Aranzandi, 1999, págs. 325 - 326. BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO. “Manual de Derecho Penal”. Lima: San Marcos, 1997, pág. 196. GARCÍA TOMA, Víctor. “Los derechos humanos y la Constitución”. Lima: Gráfica Horizonte, 2001, pág. 101. SAN MARTÍN CASTRO, César et al. “Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales”. Lima: Jurista editores, 2002, pág. 87.

33 Cf., ROXIN, Claus. “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, págs. 104-105. GIMENO SENDRA, Vidente et al. “Derecho Procesal Penal”. Madrid: Colex, 1999, pág. 88. REAÑO PESCHIERA, José. “Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias”. Lima: Jurista editores, 2004, págs. 106 y sgtes.

Política. En ese supuesto, se cuestiona la libre determinación del sujeto que es engañado para declararse culpable de un delito, pues de no mediar el engaño, el sujeto no habría confesado el delito.

Así reseña esta postura Eduardo Jauchen: "La segunda postula de que esta forma se conculcaría el derecho a la no autoincriminación, con base en el artículo 38 de la Constitución Nacional, según el cual 'Nadie está obligado a declarar contra sí mismo', sosteniéndose que quien es objeto de captación por alguno de estos medios cuando comenta a su interlocutor que cometió o va a cometer un delito, o bien lo amenaza con un delito en su perjuicio, dichas manifestaciones no podrían ser luego utilizadas en su contra en virtud de aquel principio"³⁴.

En ese sentido se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Huesca, en España, que ha cuestionado la grabación de una conversación privada hecha por uno de los interlocutores, que luego se utiliza en un proceso penal, ya que supone desconocer el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables. Así dice la referida sentencia:

*"No debemos reconocer validez a la indicada grabación pues si lo hiciéramos, en nuestra opinión, desconoceríamos el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos, y a no confesarse culpables, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, pues la conversación grabada no surge espontáneamente sino que fue provocada por el acusado y su novia con la predeterminada intención que la misma terminara surtiendo efectos en este proceso, sin que los otros dos acusados, tuvieran la más mínima idea de ello por lo que, lógicamente, se expresaron libremente pero sin ser advertidos de sus derechos constitucionales y procesales como imputados ni del hecho mismo de que, indirectamente, estaban haciendo toda una declaración, pues su manifestaciones quedaban documentadas para ser aportadas a un proceso criminal en curso"*³⁵.

Así también la jurisprudencia brasileña se ha decantado por esa solución. El Tribunal Supremo Federal de Brasil mediante su sentencia del 13 de diciembre de 1994 resolvió que es inadmisibles como prueba la grabación de

34 Cf., JAUCHEN, Eduardo. "Tratado de la prueba en materia penal". Ob. cit., págs. 217-218. KENT, Jorge y FIGUEROA, Federico. "Las grabaciones telefónicas subrepticias. Conculcación de los derechos a la privacidad y defensa en juicio. La inexcusable dispensa judicial, en L.L. del 6-4-91", pág. 3.

35 Citada por MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit., págs. 29-30.



conversaciones telefónicas obtenidas por medios ilícitos, aun tratándose de grabaciones realizadas por uno de los interlocutores sin conocimiento del otro³⁶.

Entonces, para establecer la validez de este razonamiento, debemos entender el contenido de la garantía a la no autoincriminación y precisar las relaciones jurídicas donde ese derecho es exigible.

Como anota Daniel Maljar³⁷, la garantía de no autoincriminación se vincula con la idea de que la declaración del imputado debe ser considerada medio de su defensa, no de prueba³⁸, esa garantía significa el derecho a no ser obligado o inducido mediante coacción física o moral (v. gr., amenazas, engaños, preguntas capciosas o sugestivas, sueros de la verdad, detectores de mentira, etc.) a autoincriminarse³⁹, y tiene como objeto desterrar definitivamente aquellas concepciones autoritarias que buscaban en la confesión, la posibilidad de llegar a la verdad de los hechos, inclusive en violación de su dignidad humana.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional del Perú ha precisado que la garantía de la no autoincriminación constituye un contenido del debido proceso e implica el derecho a no declararse culpable ni a ser obligado a declarar contra sí mismo⁴⁰. Y que: "Autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta (...)"⁴¹.

Como vemos, el marco de aplicación de este derecho se despliega en el transcurso de un proceso penal y ante autoridades estatales encargadas de la persecución del delito. De esa opinión son Bovino y Pinto quienes consideran que "las reglas de garantía de rango constitucional, tales como el derecho de defensa, la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, no

36 Citado por MALJAR, Daniel E. Ob. cit., pág. 295.

37 MALJAR, Daniel E. Ob. cit., págs. 226-227.

38 Cf., MAIER, Julio B. J. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. *Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1999, págs. 594-595.

39 Cf., QUIROGA LAVIÉ, Humberto. "La Constitución de la Nación Argentina comentada". Buenos Aires, 2000, pág. 113.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 1808-2003-HC/TC, Caso León Domínguez Tumbay. Citado por MESÍA, Carlos. "El proceso de hábeas corpus en el Perú". Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pág. 120.

41 Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, Exp. N° 0376-2003-HC/TC, Caso Laura Bozzo Rotondo. Citado por MESÍA, Carlos. Ob. cit., pág. 120.



son oponibles a los particulares, pues se trata de límites constitucionales que solo restringen las facultades persecutorias de los órganos públicos. Como veremos, son otros derechos fundamentales los que podrían ser invocados para impugnar la validez de los medios de prueba obtenidos por los particulares con anterioridad al inicio de la persecución⁴².

Este argumento se basa en lo decidido por la Cámara de Casación Penal de la Argentina:

“No obstante las filmaciones se llevaron a cabo sin autorización previa, no puede asimilarse la calidad de periodistas y de particulares de quienes intervinieron en las conversaciones con la calidad de funcionarios públicos –judiciales, policiales, etc.– que es a quienes está dirigida la prohibición de llevar a cabo medidas sin la intervención de un magistrado competente”.

Lo que se trata de evitar son las injerencias arbitrarias o abusos que podrían cometer agentes estatales, pero no puede decirse que es ilegal que es un particular que toma conocimiento de la posible comisión de un ilícito y arbitra los medios que tiene a su alcance para poder documentarlo”(CNCrim. y Correc., Sala IV, “Seyahian, José Alberto”, 03/10/2003)⁴³.

Por tanto, la obtención de la prueba es lícita cuando el interlocutor que graba la conversación, sin que el otro lo sepa, es un particular, que obra sin ayuda estatal (v. gr. autoridades que investigan el delito)⁴⁴.

En la misma línea opina Jauchen para quien la garantía de no autoincriminación solo puede hacerse valer respecto a autoridades estatales: “La segunda objeción que se efectúa a estos medios de obtención probatoria referida a que con ellos se violaría el derecho a la no autoincriminación, cabe destacar liminarmente que dicha garantía constitucional entra en un funcionamiento y, por ende, solo resguarda al ciudadano cuando ya está frente a

42 BOVINO, Alberto y PINTO, Federico. Ob. cit., págs. 280-281.

43 Citado por BOVINO, Alberto y PINTO, Federico. Ob. cit., pág. 281.

44 NAVAJAS RAMOS, Luis. Ob. cit., pág. 161. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. PASCUA, Francisco Javier. Ob. cit., pág. 112. Sin embargo, en posición minoritaria MUÑOZ CONDE, considera que la captación de una conversación con esas características, al ubicarse en el ámbito privado del interlocutor que desconocía que estaba siendo grabado, vulnera gravemente respecto de este último sus derechos a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones privadas. Ya que, según el autor, si se legitimara esa práctica se limitaría el derecho a comunicarse libremente por la existencia del riesgo de la difusión posterior. En: “Sobre el valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante vídeos y relevancia penal de las conversaciones gravadas en ellos”. *Revista Pena*. N° 13, 2004, págs. 107-108.

cualquier autoridad oficial del Estado, pero no antes. Es un absurdo sostener que la persona pueda invocar el derecho a no declarar contra sí misma pretendiendo con ello invalidar una confesión que ha efectuado en el cotidiano trajinar en sus relaciones con los demás particulares, totalmente ajenos a la actividad estatal⁴⁵.

En el mismo sentido se interpreta la cuestión en los Estados Unidos, pues se afirma que la IV enmienda de la Constitución Federal protege a los ciudadanos de los allanamientos y secuestros irrazonables realizados por agentes estatales⁴⁶. Al decidir sobre solicitudes para excluir pruebas, la Suprema Corte ha sostenido que la IV Enmienda “es absolutamente inaplicable a un allanamiento o secuestro, aun uno irrazonable, efectuado por un individuo particular que no actúa como agente del Gobierno o con la participación o conocimiento de cualquier oficial gubernamental”⁴⁷.

Otra particularidad del régimen normativo de los Estados Unidos es que estas cuestiones están minuciosamente reguladas, en especial contra las acciones de la prensa, y que, además, la función que cumplen los precedentes de la Corte Suprema federal mediante la doctrina del precedente obligatorio –*stare decisis*– establece un marco regulatorio expreso⁴⁸.

En tal sentido se pronuncia la Corte Constitucional de Italia en una sentencia dictada el 6 de abril de 1973, señalando que:

“(…) es necesario dar protección al secreto privado, pero también a la prevención y represión del delito, objeto, así mismo, de protección constitucional. Y no puede afirmarse que una interceptación telefónica de conversaciones del reo pugne con el derecho del mismo de guardar silencio ante la acusación de delito, pues este derecho de no contestar se refiere únicamente al interrogatorio del imputado y puede recibir aplicación tan solo cuando el imputado entra en contacto directo con la autoridad. Él tiende a reforzar la libertad moral del inculcado ante el estado de sujeción psicológica en el que puede sentirse respecto a la autoridad, a fin de precaverlo de eventuales presiones que quisieran ejercerse sobre él. En cambio, lo que un sospechoso dice en una conversación telefónica interceptada, corresponde a una situación enteramente distinta, ya que el sujeto no es confrontado directamente ante la

45 JAUCHEN, Eduardo. “Tratado de la Prueba en materia penal”. Ob. cit., págs. 217-218.

46 WYMORE Mary Ann L. y PETITE Jhon E. “Eavesdropping, Wiretapping & Hidden Cameras”, en www.mobar.org/press/medhnb14.htm.

47 *Ibid.* Con citas de *US v. Jacobsen*, 446 U.S 112 (1984).

48 *Ídem.*

autoridad durante ella ni esta le pide responder, por lo que el derecho al silencio no puede operar"⁴⁹.

En la misma línea Bertoni precisa que "todos los antecedentes de nuestro Derecho Constitucional y aun las normas vigentes otorgan un contenido muy claro a la garantía: se vulnera allí cuando la voluntad de no autoincriminarse es quebrada por el órgano encargado de la persecución penal. Sin embargo, ello no es lo que ocurre en la mayoría de los casos analizados más arriba, ni es lo que ocurre en la mayoría de los casos en donde se recolecta una "autoincriminación" mediante el uso de un medio tecnológico oculto y desconocido. Y me animo a tal afirmación, porque justamente el uso de una cámara o un micrófono oculto pretenden sorprender a la persona para que voluntariamente exprese su participación delictiva. Podrá decirse que en realidad la voluntad en estos casos está viciada, justamente porque quien habla no sabe que su acto es una autoincriminación. Pero ello no es cierto: quien confiesa un delito ante su confesor, un psicoanalista o un tercero sabe que está confesando un delito, y lo hace voluntariamente. Lo que no sabe es que su acto está siendo registrado por quien lo escucha, y que ello será llevado como prueba ante un tribunal. El límite está, en todo caso, en la obligación legal de ciertos "terceros" de guardar secreto. En otras palabras, en la mayoría de los casos que hemos visto, no se "arranca" una expresión autoincriminadora, sino que ella se presta libremente. En conclusión, nada tiene que ver la garantía del *nemo tenetur*. Además, también en la mayoría de los casos, no será el órgano de persecución estatal quien ha urdido la maniobra, sino que será un particular, frente al cual, otro particular, expone la comisión de un hecho delictivo. De nuevo, lo que se lleva adelante no es una de las declaraciones ante las autoridades competentes que será o no valorada de acuerdo a si ella ha cumplido con las reglas impuestas"⁵⁰.

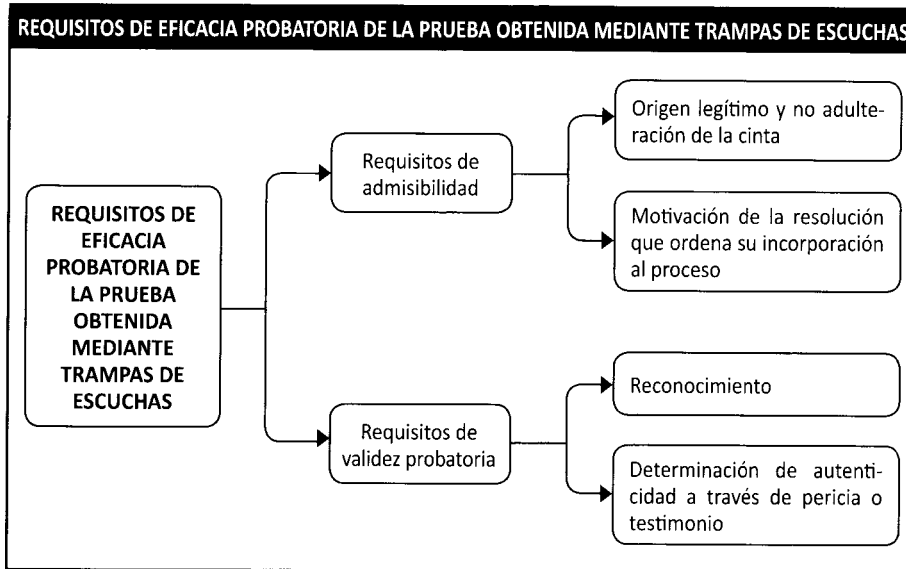
En consecuencia, este método de captación de conversaciones privadas es denominado por la doctrina como las "trampas de escuchas", no se vulnera la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*, porque esta garantía no es exigible a los particulares⁵¹, se despliega únicamente en las relaciones del individuo con el Estado, porque además, los particulares poseen la potestad de investigar el delito y proporcionar legalmente los resultados de su investigación a las autoridades respectivas.

49 Citado por NOVOA MONREAL, Eduardo. "Derecho a la privacidad y libertad de información Un conflicto de derechos". México: Siglo Veintiuno Editores, 1981, pág. 135.

50 BERTONI, Eduardo Andrés. "Cámaras ocultas y grabaciones subrepticias: su validez como prueba en el proceso penal", en L.L. Suplemento de Jurisprudencia Penal, pág. 12.

51 BOVINO, Alberto y PINTO, Federico. Ob. cit., págs. 292-293. BERTONI. Ob. cit., pág. 10.





V. REQUISITOS DE EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA VIDEOGRÁFICA O MAGNETOFÓNICA MEDIANTE “TRAMPAS DE ESCUCHAS”

1. Requisitos de admisibilidad del material videográfico o magnetofónico

Ahora bien, como apuntan Bovino y Pinto, si bien los particulares no están obligados a observar la garantía de no autoincriminación, “a lo que sí están obligados los particulares es al ingreso al procedimiento de los medios de prueba en forma legal”⁵². Así, Climet Durán anota que “realizada la grabación de la conversación privada mantenida con un interlocutor, quien la ha hecho ha de aportarla al proceso, esta aportación exige hacer alusión a la legitimidad de su origen, explicando como ha sido realizada y quién es el interlocutor”⁵³. Ello, porque, continúa precisando el mismo autor “no solo ha de quedar probado el origen legítimo de las grabaciones aportadas al proceso, sino que además ha de probarse la autenticidad de la cinta, o sea, que no ha sido objeto de manipulación ninguna, y que además no es una copia, a menos que nadie entre en discusión sobre la autenticidad”⁵⁴.

52 BOVINO, Alberto y PINTO, Federico. Ob. cit., pág. 281.

53 CLIMENT DURÁN, Carlos. “La prueba penal”. Tomo II. Ob. cit., pág. 1956.

54 *Ibíd.*, pág. 1958.

Entonces, conforme la Sentencia del Tribunal Supremo español 2190/2002, del 11 de marzo, el material grabado debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial en sus soportes originales: "(...) para que las grabaciones de imágenes o de conversaciones pueda tener pleno valor probatorio será preciso que la captación se haya realizado con el debido respeto a la intimidad y que se ponga a disposición judicial el material probatorio, y que haya un control de autenticidad para descartar la posibilidad de mistificaciones y montajes (...)".

Así, en todo caso, conforme el Tribunal Supremo español, Sentencia 713/1995, de 30 de mayo, "el problema queda reducido, lo mismo que ocurre con las pruebas documentales ordinarias (las de carácter escrito), a la determinación de su autenticidad (...)".

En la misma línea, Devis Echandía, es claro que como sucede con los demás medios de prueba, los documentos pueden existir jurídicamente y ser válidos en sí mismos y como pruebas en un determinado proceso, pero carecer de eficacia probatoria⁵⁵.

Siguiendo con el mismo razonamiento, Navajas Ramos sostiene que la parte que aporte una prueba videográfica debe hacerlo en sus soportes originales, ello con el objetivo de contrarrestar los riesgos de adulteración o manipulación de una grabación de voces por medios mecánicos⁵⁶. Además, solo la entrega original permitirá que la misma pueda tener algún valor⁵⁷.

El principio de ineficacia de las meras copias es claro, por ejemplo, en los casos de documentos escritos. La doctrina extranjera y nacional expresan que las fotocopias son inadecuados para producir efectos jurídicos⁵⁸,

55 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., págs. 535-540.

56 NAVAJAS RAMOS, Luis. Ob. cit., pág. 161. Además, ver: MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". *Revista del Poder Judicial*. N° 7. Madrid, 1983, pág. 44. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho Procesal Penal español". *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 3, N° 6. Lima, Agosto 2001, págs. 93-94. RIVES SEVA, Pablo. "La prueba en el proceso penal". Navarra: Aranzadi, 1996, pág. 1999. TORRES MORATO, Miguel *et alio*. "La prueba ilícita penal". Navarra: Aranzadi, 2000, pág. 272.

57 TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia de 30 de diciembre de 1995. NAVAJAS RAMOS, Luis. Ob. cit., pág. 161. PASCUA, Francisco Javier. *Escuchas telefónicas, grabaciones de audio subrepticias y filmaciones*, pág. 108.

58 CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. "Análisis Dogmático de la Falsedad Documental del Artículo 427 del Código Penal Peruano". *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*. Instituto Peruano de Ciencias Penales. N° 1. Lima: Grijley, 2000, pág. 496.

no tienen aptitud probatoria y no puede crear un derecho y una obligación⁵⁹, por ello, no cumplen función probatoria alguna⁶⁰.

Por tanto, un elemento indispensable para la actuación procesal de una grabación por medios mecánicos, cualquiera sea el responsable de la captación, es la entrega de los soportes originales, sin edición, manipulación, añadiduras o supresiones.

Ahora bien, queda claro entonces que por su naturaleza documental, para la incorporación de este tipo de pruebas debe aplicarse de manera analógica los procedimientos para la incorporación válida de la prueba documental previsto en el Código Procesal Civil⁶¹. Respetando, claro está, las peculiaridades del proceso penal, sus principios y garantías⁶².

Esta situación es de vital importancia, ya que, como sostiene Choclán Montalvo, las condiciones en las que el material videográfico obtenido se aporta al proceso pueden influir decisivamente en su valoración judicial⁶³.

Ahora bien, las reglas generales de incorporación de un documento escrito son las siguientes: el primer paso es que el documento sea incorporado al proceso mediante decisión judicial sobre la admisión o atendibilidad en juicio⁶⁴. Mediante este acto procesal, el documento, aportado por una de las partes (o un testigo), es sometido a una valoración provisional, basada solamente en su apariencia externa o superficial.

Además, para que un documento sea admitido por el tribunal, quedando incorporado al proceso, es preciso, como anota Climet Durán⁶⁵, que concurren las siguientes circunstancias:

- Que el documento haya sido aportado a petición de alguna de las partes acusadora o acusada, o de un testigo. Pero además, la autori-

59 CASTILLO ALVA, José Luis. "La falsedad documental". Lima: Jurista editores, 2001, pág. 137.

60 BACIGALUPO, Enrique. "Delito de falsedad documental". Buenos Aires: Hamurabi, 2002, pág. 25.

61 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., pág. 699.

62 Cf., CASTILLO ALVA, José Luis. "La falsedad Documental". Lima: Jurista Editores, 2001, pág. 120; ORTS BERENGUER, Enrique. "Comentarios al C.P. de 1995. T. II, pág. 1741; SOLER, Sebastián. "Derecho Penal argentino". T. V, pág. 329. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal. Parte Especial", pág. 696; CREUS, Carlos. "Falsificación de documentos en general", pág. 45; CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner. "Análisis dogmático del la falsedad documental del artículo 421 del Código Penal peruano". *Revista Peruana de Doctrina & Jurisprudencia Penal*, pág. 497.

63 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., pág. 69.

64 GUASP, J. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil". Tomo II, Vol. I, pág. 546.

65 CLIMET DURÁN. "La Prueba Penal". Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 626-627.

dad judicial tiene facultad para disponer que las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas y privadas, exhiban y/o entreguen los documentos que requieren para la investigación de un delito⁶⁶.

- Que el contenido del documento tenga alguna relación directa o indirecta con el objeto del proceso, lo cual significa que si hipotéticamente la información suministrada por el documento fuese cierta, podría tener trascendencia práctica por poder repercutir de alguna manera en el contenido de la sentencia.
- Que el documento haya sido aportado en un momento procesal adecuado, lo que significa que cuando menos no debe haber finalizado la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral.

Si concurren estas tres exigencias –sujeto, objeto y momento–, el documento aportado es pertinente, tiene validez procesal y, por lo tanto, procede admitirlo, porque hipotéticamente tiene la virtud de poder influir en la decisión judicial final⁶⁷, sin que sea aceptable el rechazo de dicho documento, porque en tal caso se está ocasionando una indefensión a la parte que lo quiere aportar. Todo ello, claro está, mediante una resolución debidamente motivada.

En ese sentido, en estos supuestos, el juzgador debe realizar una ponderación sobre la necesidad, pertinencia y aporte probatorio del material ofrecido. Al no hacerlo vulnera el derecho de las partes y a la resolución motivada, derecho que como se sabe constituye un elemento importante del debido proceso.

La motivación de las resoluciones judiciales constituye un deber jurídico, instituido por la norma de máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional⁶⁸. La demostración de tal afirmación está dada por la descripción prevista en el artículo 139-inc. 3 de la Const. de 1993, consagra el derecho de todo ciudadano de obtener de los órganos jurisdiccionales la tutela judicial efectiva como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia en el Caso Jeffrey Immelt y otros⁶⁹.

El concepto de debida motivación de la Resolución judicial debe ser comprendido en su total amplitud. Por debida, debemos entender el

66 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., pág. 703.

67 AGUILERA DE PAZ, E. "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal". Tomo V, pág. 473.

68 MIXÁN MASS, Florencio. "La motivación de las Resoluciones Judiciales". *Debate Penal*. Mayo-Agosto, Año 1, N° 2, Lima, Perú, 1987, pág. 193.

69 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, *Caso Jeffrey Immelt y otros*, sentencia 14 de noviembre de 2005, Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, Fundamento 11.



“deber ser” de la motivación, no cualquier motivación. Será debida la motivación de la resolución judicial cuando esta contenga de manera clara, precisa y escrita los fundamentos de derecho con mención expresa de la ley aplicable y de los hechos en que se sustenten, bajo responsabilidad y sanción de nulidad como lo ha constatado el Tribunal Constitucional del Perú en el caso Tineo Cabrera⁷⁰.

Como vemos entonces, el primer tamiz para la eficacia de la prueba videográfica o magnetofónica es que debe ser entregada en sus soportes originales, debe ser ofrecida por alguna de las partes procesales, debe estar dirigida al objeto de prueba y debe ser aportada antes de finalizados los debates en el juicio oral. Y además, la resolución que ordena la incorporación al proceso debe estar debidamente motivada. Esta resolución además, debe ordenar la visualización o escucha de la prueba videográfica o magnetofónica ofrecida en una diligencia donde deben concurrir todas las partes.

2. Requisitos de validez probatoria: el problema de la actuación probatoria y la obligatoriedad de reconocimiento de la voz

En esa línea, nuestra legislación procesal establece que previamente a la visualización del video, la imagen y voz deberán ser reconocidas por quien resulte identificado, lo que ha sucedido en el presente caso, conforme lo establece el artículo 262 inciso 4) que señala:

“(…)

4) Tratándose de fotografías, radiografías, documentos electrónicos en general y de cintas magnetofónicas, de audio o videos deberá ser reconocidos por quien resulte identificado según su voz, imagen, huella señal u otro medio, y actuados en la audiencia, salvo que la diligencia respectiva, con su transcripción, se haya verificado en la etapa de instrucción con asistencia de las partes y su contenido no hubiese sido tachado o cuestionado oportunamente. En caso contrario, podrá ser reproducido en la audiencia según su forma de reproducción habitual. (…)”.

Entonces, para que el material videográfico o magnetofónico aportado surta efectos probatorios es necesario que, además de los requisitos examinados anteriormente, esté establecida o presumida su autentici-

dad⁷¹. Este requisito es indispensable, lo mismo si se trata de instrumentos o escritos públicos o privados. El juez debe estar seguro de la autenticidad del documento, para considerarlo como medio de prueba⁷².

Cuando se trata de escritos, su autenticidad implica la certeza sobre la persona que lo firma, o sobre quien lo haya manuscrito⁷³. Cuando se trata de grabaciones la autenticidad pasa por determinar al autor de las voces del diálogo captado⁷⁴. Así, en principio, debe necesariamente ser leído, visto o escuchado por la persona a la cual se quiere perjudicar con este medio de prueba.

Pero es claro que este problema no se suscita cuando ninguna de las partes cuestiona la autenticidad de una copia de la grabación original, según lo señalado en la sentencia 713/1995, de 30 de mayo del Tribunal Supremo español:

"Habría sido preferible tener en autos a disposición de la Sala, en el juicio y también antes del periodo de instrucción, la grabación original, es decir, aquella misma que grabó T.P. al conversar con F.G.; pero el hecho de haberse realizado todo el trabajo procesal sobre una copia a la que nadie nunca puso reparo alguno en cuanto a esta circunstancias (la de no ser la original), cuando todos conocían tal dato, o podían haberlo conocido de haber actuado con la diligencia exigible en el examen de las actuaciones, máxime cuando tanto el Ministerio Fiscal como los defensores de los acusados, todos ellos, en sus respectivas calificaciones provisionales, pidieron prueba en relación con la cinta unida a las actuaciones sin referencia alguna a la original, sin duda porque la consideraban, al menos en lo sustancial, tan auténtica como esta (...)"

-
- 71 RIVES SEVA, Antonio. "La prueba en el proceso pñenal". Pamplona: Aranzadi, 1996, pág. 256.
- 72 MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 44. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho Procesal Penal español". Ob. cit., págs. 93-94. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 199. TORRES MORATO, Miguel et alii. Ob. cit., pág. 272. SAN MARTÍN CASTRO, César et al. Ob. cit., pág. 83.
- 73 CLIMET DURÁN. Ob. cit., pág. 627. CORDON MORENO, F. "Comentarios al Código Civil". Tomo XVI, Vol. II, Madrid: EDESA, 1981, pág. 184. FENECH, Miguel, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1952, págs. 635-636. CARNELUTTI, F., La prueba civil, pág. 169.74 CAFFERATA NORES, José. "La prueba en el proceso penal". Buenos Aires: Depalma, 1992, pág. 175. CLARIÁ OLMEDO, Jorge. "Derecho Procesal Penal". Buenos Aires: Lerner, 1984, Tomo II, pág. 405. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Ob. cit., pág. 594.
- 74 CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho Procesal Penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alii. Ob. cit., pág. 278.

En resumen, en los supuestos en los que se cuestiona la autenticidad de la grabación, el supuesto interlocutor o interlocutores deberán comparecer al proceso a realizar el reconocimiento del documento, su contenido y su participación en el mismo⁷⁵. Si ello no es posible deberá convocarse a testigos que puedan identificar a los interlocutores⁷⁶ o realizarse otras diligencias probatorias como la "rueda de voces"⁷⁷. Es posible también realizar un examen pericial para lograr la plena identificación de los interlocutores⁷⁸.

Lo que evidencia que en todo supuesto documental es necesario un plus de credibilidad, que en el documento escrito público viene dado por la autoridad de la fe pública; en el privado, por el reconocimiento de los intervinientes y subsidiariamente por la adveración⁷⁹ pericial de la suscripción y que, en los supuestos de la reproducción mecánica, puede operar en dos direcciones distintas: a) como objeto de prueba en cuanto pericialmente se estime que la imagen o la voz corresponden de modo efectivo a la persona, b) como tal documento, cuando su

-
- 75 GIMENO SENDRA, Vicente et al. "Derecho Procesal Penal". Madrid: Coléx, 1996, pág. 600. POMARÓN BAGÜES, José Manuel. "Video como prueba". Revista La Ley, N° 4. Madrid, 1984, pág. 756. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho Procesal Penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alio. Ob. cit., pág. 278.
- 76 CARBONE, Carlos. Ob. cit., págs. 153-154. GIMENO SENDRA, Vicente et al. Ob. cit., pág. 600. POMARÓN BAGÜES, José Manuel. "Video como prueba". Ob. cit., p. 756. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho procesal penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alio. Ob. cit., pág. 278.
- 77 CARBONE, Carlos. Ob. cit., págs. 153-154. GIMENO SENDRA, Vicente et al. Ob. cit., pág. 600. POMARÓN BAGÜES, José Manuel. "Video como prueba". Ob. cit., pág. 756. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho procesal penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alio. Ob. cit., pág. 278.
- 78 CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. CARBONE, Carlos. Ob. cit., págs. 153-154. GIMENO SENDRA, Vicente et al. Ob. cit., pág. 600. POMARÓN BAGÜES, José Manuel. "Video como prueba". Ob. cit., pág. 756. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho procesal penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alio. Ob. cit., pág. 278.
- 79 Adverar: Certificar, asegurar, dar por cierto algo o por auténtico un documento, en Diccionario de la Lengua Española de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 22 edc., Vol. 1, pág. 35.

reproducción de un hecho pasado sea averada por distintos medios probatorios, como la testifical⁸⁰.

VI. CONCLUSIONES

1. Los avances tecnológicos y las nuevas necesidades en la investigación del delito han posibilitado la interceptación legal de comunicaciones privadas en forma de escuchas, almacenamientos y posterior difusión de las mismas, para ser utilizadas en causas criminales. Pero es claro que la posibilidad de escuchar la conversación privada de terceros solo es legal cuando se hace en el marco de una investigación criminal, cuando existen supuestos fácticos claramente establecidos en la ley (la reserva legal) y cuando un juez penal competente autoriza de manera motivada, que respete los principios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad dicha medida limitativa de derecho (reserva judicial).
2. Estamos ante una "trampa de escuchas" cuando una conversación privada es grabada por uno de los interlocutores sin que el otro o los otros lo sepan, y cuando el sujeto que está siendo grabado es inducido por su interlocutor para confesar la comisión de un delito, para luego presentar dicha grabación como medio de prueba en un proceso penal. En la doctrina y en la jurisprudencia comparada se discute si las "trampa de escuchas" pueden originar vulneraciones en el derecho a la intimidad y en el secreto de las comunicaciones de la persona que es grabada sin saberlo, o, vulneración de la garantía de no autoincriminación (*nemo tenetur*).
3. Para un sector minoritario, una "trampa de escuchas" vulneraría una "expectativa de privacidad", porque el sujeto no sabe que está siendo grabado y, por lo tanto, no mide la información que proporciona a su interlocutor y en realidad no quiere que se sepa esa información que le desfavorece. De lo que se deduce entonces que la intromisión al derecho constitucional a la intimidad mediante "trampa de escuchas" requeriría de autorización judicial, y de no mediar ella, la prueba así obtenida tendría que ser excluida del proceso.

80 DAMIÁN MORENO, Juan. "Reflexiones sobre la reproducción de imágenes como medio de prueba en el proceso penal". Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Año 1997. Tomo X, pág. 239. CARBONE, Carlos. Ob. cit., págs. 153-154. GIMENO SENDRA, Vicente et al. Ob. cit., pág. 600. POMARÓN BAGÜES, José Manuel. "Video como prueba". Ob. cit., pág. 756. CARBONE, Carlos. Ob. cit., pág. 155. MONTERO AROCA. "Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba". Ob. cit., pág. 47. REYNA ALFARO, Luis. "La validez de las grabaciones videográficas en el Derecho procesal penal español". Ob. cit., pág. 96. RIVES SEVA, Pablo. Ob. cit., pág. 202. TORRES MORATO, Miguel et alio. Ob. cit., pág. 278.



4. Para una posición mayoritaria, que compartimos, es claro que no hay "secreto" para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 2.10 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. El contenido formal del secreto de las comunicaciones implica que solo puede hacerse valer respecto de terceros en la comunicación, esto es, que los terceros, ajenos a la comunicación están prohibidos de escucharla, almacenarla o difundirla. La norma constitucional no prohíbe que el participante de la comunicación capte o divulgue su contenido, porque él es el destinatario de la conversación, salvo que el contenido de la misma revele información sobre la vida íntima o la intimidad personal de los interlocutores que no sabían que estaban siendo grabados. Además, no existe esa expectativa de "privacidad", ya que la Constitución no exige que el interlocutor guarde el secreto de lo que se le ha dicho. Pretender ello, es extender indebidamente un aspecto de protección al derecho a la intimidad que la Constitución no realiza, y además porque en las manifestaciones verbales, la expectativa de privacidad sobre la información se pierde una vez que el imputado decide brindar esa información a terceras personas, sin importar que desconozca que está siendo grabado. Por lo tanto, si la captación de la conversación ha sido realizada por uno de los interlocutores, no se puede considerar prueba ilícita que atente los derechos constitucionales a la intimidad (artículo 2.7 de la Constitución Política), al secreto e inviolabilidad en las comunicaciones privadas (artículo 2.10 de la Constitución Política).
5. Para una posición minoritaria, las "trampas de escuchas" vulnera la garantía de no autoincriminación, porque se cuestiona la libre determinación del sujeto que es engañado para declararse culpable de un delito, pues de no mediar el engaño, el sujeto no habría confesado el delito. La garantía de no autoincriminación se vincula con la idea de que la declaración del imputado debe ser considerada medio de su defensa, no de prueba, esa garantía significa el derecho a no ser obligado o inducido mediante coacción física o moral (v. gr., amenazas, engaños, preguntas capciosas o sugestivas, sueros de la verdad, detectores de mentira, etc.) a autoincriminarse, y tiene como objeto desterrar definitivamente aquellas concepciones autoritarias que buscaban en la confesión, la posibilidad de llegar a la verdad de los hechos, inclusive en violación de su dignidad humana. Está garantía se encuentra contemplada en el artículo 139.3 de la Constitución Política.
6. La garantía de no autoincriminación se vulnera cuando la voluntad de no autoincriminarse es quebrada por el órgano encargado de la persecución



penal. Sin embargo, ello no es lo que ocurre en la “trampa de escuchas” realizadas por particulares donde se recolecta una “autoincriminación” mediante el uso de un medio tecnológico oculto y desconocido, porque justamente el uso de una cámara o un micrófono oculto pretenden sorprender a la persona para que voluntariamente exprese su participación delictiva; no se “arranca” una expresión autoincriminatoria, sino que ella se presta libremente frente a un particular y no frente a la autoridad estatal. En suma, este método de captación de conversaciones privadas es denominado por la doctrina como las “trampas de escuchas”, no se vulnera la garantía de no autoincriminación o *nemo tenetur*, porque esta garantía no es exigible a los particulares, se despliega únicamente en las relaciones del individuo con el Estado, porque además, los particulares poseen la potestad de investigar el delito y proporcionar legalmente los resultados de su investigación a las autoridades respectivas.

7. Para que el material videográfico o magnetofónico aportado sea admisible debe ser entregado en sus soportes originales, que el documento haya sido aportado a petición de alguna de las partes acusadora o acusada o de un testigo. Pero además, la autoridad judicial tiene facultad para disponer que las personas naturales o jurídicas, de instituciones públicas y privadas, exhiban y/o entreguen los documentos que requiere para la investigación de un delito. Que el contenido del documento tenga alguna relación directa o indirecta con el objeto del proceso, lo cual significa que si hipotéticamente la información suministrada por el documento fuese cierta, podría tener trascendencia práctica por poder repercutir de alguna manera en el contenido de la sentencia. Y, que el documento haya sido aportado en un momento procesal adecuado, lo que significa que cuando menos no debe haber finalizado la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral.
8. Para que el material videográfico o magnetofónico aportado tenga validez probatoria tiene que estar establecida o presumida su autenticidad. En los supuestos en los que se cuestiona la autenticidad de la grabación, el supuesto interlocutor o interlocutores deberán comparecer al proceso y realizar el reconocimiento del documento, su contenido y su participación en el mismo. Si ello no es posible deberá convocarse a testigos que puedan identificar a los interlocutores o realizarse otras diligencias probatorias como la “rueda de voces”. Es posible también realizar un examen pericial para lograr la plena identificación de los interlocutores. Por ello, se dice que este tipo de documentos requiere un plus de credibilidad que se obtiene con la confrontación de otras pruebas.

SUBCAPÍTULO III

EL ASEGURAMIENTO E INCAUTACIÓN DE DOCUMENTOS PRIVADOS

Artículo 232. Aseguramiento de documentos privados

Cuando la Policía o el Fiscal, al realizar un registro personal, una inspección en un lugar o en el curso de un allanamiento, encuentra en poder del intervenido o en el lugar objeto de inspección o allanamiento un documento privado, y no ha recabado previamente la orden de incautación con arreglo al artículo siguiente, se limitará a asegurarlo –sin examinar su contenido–, sin perjuicio que el Fiscal lo ponga a inmediata disposición judicial, antes de vencidas las veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y solicitando dicte orden de incautación, previo examen del documento. El Juez resolverá dentro de un día de recibida la comunicación bajo responsabilidad.

Artículo 233. Incautación de documentos privados

- 1. El Fiscal, cuando existan motivos suficientes para estimar que una persona tiene en su poder documentos privados útiles para la investigación, solicitará al Juez para la Investigación Preparatoria dicte orden de incautación.*
- 2. La resolución autoritativa se expedirá inmediatamente, sin trámite alguno, y contendrá fundamentalmente el nombre del Fiscal a quien autoriza, la persona objeto de intervención y, de ser posible, el tipo de documento materia de incautación.*
- 3. Recabada la autorización, el Fiscal la ejecutará inmediatamente. De la diligencia se levantará el acta de incautación correspondiente, indicándose las incidencias del desarrollo de la misma.*
- 4. Rige, en lo pertinente, el artículo 218 y siguientes.*

Artículo 234. Aseguramiento e incautación de documentos contables y administrativos

- 1. La Fiscalía, o la Policía por orden del Fiscal, cuando se trata de indagaciones indispensables para el esclarecimiento de un delito, puede inspeccionar los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos de una persona, natural o jurídica. Si de su revisión considera que debe incautar dicha documentación, total o parcialmente, y no cuenta con orden judicial, se limitará a asegurarla levantando el acta correspondiente. Acto seguido el Fiscal requerirá la inmediata intervención judicial, antes de vencidas veinticuatro horas de la diligencia, acompañando un informe razonado y el acta respectiva, solicitando a su vez el mandato de incautación correspondiente.*
- 2. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 230 y 231.*



CAPÍTULO VIII
EL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO Y DE LA RESERVA
TRIBUTARIA

Artículo 235. Levantamiento del secreto bancario

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, podrá ordenar, reservadamente y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario, cuando sea necesario y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.*
 2. *Recibido el informe ordenado, el Juez previo pedido del Fiscal, podrá proceder a la incautación del documento, títulos-valores, sumas depositadas y cualquier otro bien o al bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre.*
 3. *El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud de Fiscal, siempre que existan fundadas razones para ello, podrá autorizar la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero y, asimismo, la incautación de todo aquello vinculado al delito. Rige lo dispuesto en el numeral 2 del presente artículo.*
 4. *Dispuesta la incautación, el Fiscal observará en lo posible el procedimiento señalado en el artículo 223.*
 5. *Las empresas o entidades requeridas con la orden judicial deberán proporcionar, en el plazo máximo de treinta días hábiles, la información correspondiente o las actas y documentos, incluso su original, si así se ordena, y todo otro vínculo al proceso que determine por razón de su actividad, bajo apercibimiento de las responsabilidades establecidas en la ley. El juez fija el plazo en atención a las características, complejidad y circunstancias del caso en particular.^(*)*
 6. *Las operaciones no comprendidas por el secreto bancario serán proporcionadas directamente al Fiscal a su requerimiento, cuando resulte necesario para los fines de la investigación del hecho punible.*
- (*) Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.*

Artículo 236. Levantamiento de la reserva tributaria

1. *El Juez, a pedido del Fiscal, podrá levantar la reserva tributaria y requerir a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.*

2. *La Administración Tributaria deberá exhibir o remitir en su caso la información, documentos o declaraciones ordenados por el Juez.*
3. *Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo anterior.*

CAPÍTULO IX

LA CLAUSURA O VIGILANCIA DE LOCALES E INMOVILIZACIÓN

Artículo 237. Procedencia

1. *El Juez; a pedido del Fiscal y cuando fuere indispensable para la investigación de un delito sancionado con pena superior a cuatro años de privación de libertad, podrá disponer la clausura o la vigilancia temporal de un local, por un plazo no mayor de quince días, prorrogables por un plazo igual si las circunstancias lo exigieran.*
2. *Asimismo, podrá disponer la inmovilización de cosas muebles que por su naturaleza o dimensión no puedan ser mantenidas en depósito y puedan servir como medios de prueba. En este caso se procederá a asegurarlas según las reglas del allanamiento. Los plazos de permanencia de dichos bienes en poder de la autoridad son los mismos del numeral anterior.*

Artículo 238. Solicitud del Fiscal

El Fiscal especificará en su solicitud los fundamentos y la finalidad que persigue, la individualidad del local o bien mueble objeto de la petición, el tiempo aproximado de duración de la medida y demás datos que juzgue convenientes.

Artículo 239. Contenido de la resolución

La resolución autoritativa contendrá el nombre del Fiscal que solicita, la expresa autorización del local o bien mueble, el tiempo de duración de la medida y el apercibimiento de Ley para el caso de resistencia al mandato.

Artículo 240. Forma de la diligencia

Obtenida la autorización, con citación de las partes y si es necesario con auxilio policial, se llevará a cabo la medida redactándose acta que será suscrita en el mismo lugar, salvo circunstancias de fuerza mayor. El Fiscal dictará las medidas más apropiadas para la custodia y conservación de las cosas muebles.

Artículo 241. Clausura, vigilancia e inmovilización de urgencia

El Fiscal podrá ordenar y ejecutar, por razones de urgencia o peligro por la demora, la clausura o vigilancia del local o la inmovilización de los bienes muebles, cuando sea indispensable para iniciar o continuar la



investigación. Efectuada la medida, antes de vencidas las veinticuatro horas de realizada la diligencia, solicitará al Juez la resolución confirmatoria y para el efecto adjuntará copia del acta.

TÍTULO IV LA PRUEBA ANTICIPADA

Artículo 242. Supuestos de prueba anticipada

1. Durante la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

a) Testimonial y examen del perito, cuando se requiera examinarlos con urgencia ante la presencia de un motivo fundado para considerar que no podrá hacerse en el juicio oral por enfermedad u otro grave impedimento, o que han sido expuestos a violencia, amenaza, ofertas o promesa de dinero u otra utilidad para que no declaren o lo hagan falsamente. El interrogatorio al perito, puede incluir el debate pericial cuando éste sea procedente.

CONCORDANCIAS: Acuerdo Plenario N° 1-2011-CJ-116 (Acuerdo Plenario en materia penal sobre la Apreciación de la Prueba en los Delitos contra la Libertad Sexual)

b) Careo entre las personas que han declarado, por los mismos motivos del literal anterior, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 182.

c) 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 la realización del juicio.

2. Las mismas actuaciones de prueba podrán realizarse durante la etapa intermedia.

Artículo 243. Requisitos de la solicitud

1. La solicitud de prueba anticipada se presentará al Juez de la Investigación Preparatoria en el curso de la investigación preparatoria o hasta antes de remitir la causa al Juzgado Penal siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma.

2. La solicitud precisará la prueba a actuar, los hechos que constituyen su objeto y las razones de su importancia para la decisión en el juicio. También indicarán el nombre de las personas que deben intervenir en el acto y las circunstancias de su procedencia, que no permitan su actuación en el juicio.

3. La solicitud, asimismo, debe señalar los sujetos procesales constituidos en autos y su domicilio procesal. El Ministerio Público asistirá



obligatoriamente a la audiencia de prueba anticipada y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el Juez en ese acto.

Artículo 244. Trámite de la solicitud

- 1. El Juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respecto a la prueba solicitada.*
- 2. El Fiscal, motivadamente, podrá solicitar el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes, siempre que no perjudique la práctica de la prueba requerida, cuando su actuación puede perjudicar los actos de investigación inmediatos, indicando con precisión las causas del perjuicio. Asimismo, indicará el término del aplazamiento solicitado.*
- 3. El Juez decidirá, dentro de los dos días, si acoge la solicitud de prueba anticipada y, en su caso, si aplaza la diligencia y el plazo respectivo.*
- 4. En casos de urgencia, para asegurar la práctica de la prueba, el Juez dispondrá que los términos se abrevien en la medida necesaria. Si existe peligro inminente de pérdida del elemento probatorio y su actuación no admita dilación, a pedido del Fiscal, decidirá su realización de inmediato, sin traslado alguno, y actuará la prueba designando defensor de oficio para que controle el acto, si es que resulta imposible comunicar su actuación a la defensa.*
- 5. La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, las personas interesadas en su práctica y la fecha de la audiencia, que, salvo lo dispuesto en el caso de urgencia, no podrá ser antes del décimo día de la citación. Se citará a todos los sujetos procesales, sin exclusión.*
- 6. Si se trata de la actuación de varias pruebas, se llevarán a cabo en una audiencia única, salvo que su realización resulte manifiestamente imposible.*

Artículo 245. Audiencia de prueba anticipada

- 1. La audiencia se desarrollará en acto público y con la necesaria participación del Fiscal y del abogado defensor del imputado. Si el defensor no comparece en ese acto se nombrará uno de oficio, salvo que por la naturaleza de la prueba pueda esperar su práctica. La audiencia en este último caso, se señalará necesariamente dentro del quinto día siguiente, sin posibilidad de aplazamiento.*
- 2. Los demás sujetos procesales serán citados obligatoriamente y tendrán derecho a estar presentes en el acto. Su incomparecencia no frustra la audiencia.*
- 3. Las pruebas serán practicadas con las formalidades establecidas para el juicio oral.*



4. *Si la práctica de la prueba no se concluye en la misma audiencia, puede ser aplazada al día siguiente hábil, salvo que su desarrollo requiera un tiempo mayor.*
5. *El acta y demás cosas y documentos agregados al cuaderno de prueba anticipada serán remitidos al Fiscal. Los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener copia.*

Artículo 246. Apelación

Contra la resolución que decreta la actuación de prueba anticipada, que la desestime o disponga el aplazamiento de su práctica, así como decida la realización de la diligencia bajo el supuesto de urgencia, procede recurso de apelación, con efecto devolutivo.

COMENTARIO 1:

LA PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA*

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

1. EL PROBLEMA DE LA ANTICIPACIÓN PROBATORIA

Como se sabe, solo es prueba susceptible de enervar la presunción de inocencia aquella que ha sido actuada en el juicio oral.¹ Esta idea básica responde a la aplicación de los principios de inmediación y contradicción que gobiernan el proceso penal y que son aplicables, por tanto, al régimen de la prueba.² En

* *Tomado del artículo:* Estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Penal.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del estudio Larriou & Larriou Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura.

1 Entre otros: ORTELLS RAMOS, Manuel. "Eficacia probatoria del acto de investigación. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECrim", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1977, N° 4, p. 377. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, p. 110. MONTERO AROCA, Juan. "Principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal". En: *Trabajos de Derecho procesal*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 269. CAFFERATA NORES, José; *La Prueba en el Proceso Penal*, Buenos Aires: Depalma, 1992, p. 175. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Lerner, 1984, Tomo II, p. 405.

2 MIRANDA ESTAMPRES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 266 y ss. ORTELLS RAMOS, Manuel. "Eficacia probatoria del acto de investigación". Ob. cit., pp. 380-381. VEGAS TORRES, Jaime. Ob. cit., p. 114. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El Proceso penal. Lectura Constitucional*. Barcelona: Bosch, 1991, p. 341.

ese sentido, el *principio de inmediación* comporta dos aspectos: el subjetivo o formal referido a la exigencia de que el Juez entre en contacto con los medios más directamente ligados al hecho objeto de prueba, y el objetivo o material tendiente a asegurar que la convicción surja de una relación sin intermediarios situados entre el medio probatorio y el tribunal sentenciador. Tanto uno como el otro gozan de una relevancia esencial.³ Mientras que el principio de contradicción, conceptualmente, parte del presupuesto de la necesaria oposición argumental entre acusación y defensa en orden a obtener la convicción que constituye el fundamento de la sentencia penal. En ese sentido, y como consecuencia del clásico principio *audiatur et altera pars*, resulta como primera derivación del principio contradictorio la imposibilidad de proceder a la condena de cualquier persona sin que previamente sea la misma oída en la causa. Este principio cumple dos funciones, en primer término, permite al imputado una efectiva oposición frente a la pretensión penal contra él ejercitada, y, en segundo término, asegura la rectitud formal o material de los actos que afecten al imputado en el ejercicio de sus derechos.⁴

Sin embargo, por criterios de necesidad y excepcionalidad, algunas pruebas quedarán constituidas como tal antes de la realización del juicio oral. Esta situación da origen al régimen de la anticipación y preconstitución de la prueba⁵, que otorga valor probatorio al material producido durante la

-
- 3 GIMENO SENDRA, Vicente *et al.*; *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 90. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Derecho Procesal Civil*. Vol. I, Madrid: 1988, pp. 220-221. VARELA CASTRO, Luciano. "Inmediación judicial: agonía de una fundamental garantía". *Justicia* N° 1, 1987, pp. 95-11. FENECH, Miguel. *El proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1952, p. 112. ASENCIOS MELLADO, José María. Prueba prohibida y prueba preconstituida. Madrid: Trivium, 1989, p. 160. BERZOSA FRANCOS, Victoria. Ob. cit., p. 613. MONTERO AROCA, Juan. "Principio de oralidad". Ob. cit., p. 282.
- 4 GIMENO SENDRA, Vicente *et al.*; *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 56. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel; *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 276. DEVIS ECHANDÍA, Hernando; "Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, N° 4, 1982, p. 549. ORTELLS RAMOS, Manuel; "Eficacia Probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los arts. 730 y 714 LECrim". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*. Nros. 2-3, 1982, pp. 380-381. CLEMENTE, José Luis; *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Tomo II. Córdoba: Marcos Lerner, 1998, p. 142. CAFFERATA NORES, José; *Proceso Penal y derechos humanos*. Buenos Aires: CELS, 2000, pp. 146 y ss.
- 5 Ver entre otros: GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 188-191. HERNÁNDEZ GIL, "La prueba preconstituida". *La prueba en el proceso penal. Cuadernos de Derecho Judicial*. N° 12.

investigación pre procesal y en la etapa de investigación preparatoria, según la terminología empleada por el nuevo Código procesal penal.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ANTICIPACIÓN PROBATORIA Y CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

Ahora bien, como se ha dicho, en materia probatoria, la regla general es la de que el Juez penal tan solo puede fundamentar su sentencia en la prueba practicada, bajo su intermediación, en el juicio oral. Pero, debido a la circunstancia de que existan “hechos irrepetibles” o que no puedan ser trasladados al momento de la celebración del juicio oral, deviene imposible practicar la prueba sobre los mismos en el juicio bajo la intermediación del Juez penal. En tales supuestos, en los que la fugacidad de tales elementos probatorios impide su reproducción en el ulterior juicio oral, se hace necesario que el Juez de la investigación preparatoria, o incluso la Policía, a previsión del Juez, proceda al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez y con estricta observancia de todo un conjunto de garantías, bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.⁶

En ese sentido, la justificación de otorgar valor probatorio de este tipo de actuaciones se halla en la necesidad de que el proceso penal como tal alcance sus fines propios de descubrimiento y sanción en su caso de los hechos delictivos, así como igualmente, y en este mismo marco, el llegar al Tribunal sentenciador todo el material y datos accesibles que le permitan formarse una convicción y no sesgada.⁷

Madrid: CGPJ, p. 79. PEDRAZ PENALVA, “Práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida”. *La instrucción del sumario y las diligencias previas. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1988, p. 56. MARTÍN BRAÑAS, “La prueba anticipada en el proceso penal”. *Revista de Derecho Procesal*, 2001, N° 1-3, pp. 480-482.

- 6 Ver entre otros: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA. *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 14 y ss. HERNÁNDEZ GIL. Ob. cit., 84-85. GARCIMARTÍN MONTERO, “Valor probatorio de las declaraciones contenidas en el atestado policial”. *Tribunales de Justicia*. Agosto-Septiembre. 2002. p. 59. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Ob. cit., p. 240. ALMAGRO NOSETE, José. “Teoría general de la prueba”. En: *La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: CGPJ, 1992, p. 44. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 365. ASECIO MELLADO, José María. Ob. cit., p. 174.
- 7 ASECIO MELLADO, José María. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*. Madrid: Trivium, 1989, pp. 177-178. TOMÉ GÓMEZ y otros, *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ceura, 2002, p. 456.



Sin embargo, en la doctrina española, la utilización adecuada de los términos, prueba anticipada y prueba preconstituida, generan fuertes debates. Nadie duda de la necesidad y utilidad de actuar pruebas antes de la instalación del juicio, la controversia se produce cuando se trata de establecer en qué momento del proceso es correcto aplicar el término adecuado.⁸

En este sentido, la prueba anticipada sería aquella que se produce antes de la vista oral, pero siempre durante la fase del plenario, cuando ya se ha realizado la acusación. Se cuentan entre quienes han adoptado esta posición a GÓMEZ ORBANEJA⁹, MIRANDA ESTRAMPES¹⁰ y GUZMÁN FLUJA¹¹. Según ellos, durante la etapa de investigación, sumarial o de instrucción, no cabe hablar de actos de prueba, en todo caso, estaríamos tratando de actos de investigación. Exponen otro interesante fundamento, no se puede actuar pruebas si aún no hay afirmaciones técnicas de hechos que van a constituir su objeto. Adoptar una postura contraria sería un contrasentido, afirman. Lo que se hace en la anticipación probatoria, es adelantar la actuación de una prueba, y se puede hablar de prueba solamente cuando se ha iniciado el juicio oral. En sentido contrario, todo acto de aseguramiento de prueba producido en el sumario (investigación preparatoria en el caso del Código Procesal Penal), o en la fase intermedia, respondería a las características de la prueba preconstituida.

Otro discurso es el profesado por ORTELLS RAMOS¹² y ASECIO MELLADO¹³, entre otros. Según estos, la prueba anticipada se puede dar antes del juicio oral, en la etapa de investigación, sumario o instrucción. Atienden a la dificultad de que la prueba llegue al juicio, pero tratando de respetar las garantías de defensa y contradicción que reviste la prueba en la vista oral.

Nuestro Código procesal penal ha optado por la segunda postura. El legislador nacional ha decidido considerar solo la posibilidad de actuar la prueba anticipada en la etapa de Investigación preparatoria o en la fase inter-

-
- 8 Un estudio de este problema se puede ver en: GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997.
- 9 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. *Derecho procesal penal*. Madrid: 1984, p. 238.
- 10 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit., p. 319.
- 11 GUZMÁN FLUJA, Vicente. *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 289 y ss.
- 12 ORTELLS RAMOS, Manuel y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1991, p. 323.
- 13 ASECIO MELLADO, José María. Ob. cit., 171.

media, siempre que haya tiempo para realizarla adecuadamente (243.1). Sin embargo, no ha dispensado un apartado especial para el tratamiento detallado de la prueba preconstituida, contribuyendo a la confusión de los términos. Por su lado, la doctrina nacional ha identificado a la prueba preconstituida como aquella prueba practicada en una etapa preprocesal y que tiende al aseguramiento de pruebas irrepetibles en el juicio oral.¹⁴

Con todo, seguiremos los criterios delimitativos de ambos conceptos derivados del Código Procesal Penal, para trazar pautas de diferenciación entre ambas figuras. Para lo cual, en principio, describiremos el marco conceptual, tratamiento legislativo y doctrinal de las figuras analizadas.

3. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ANTICIPADA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Como se ha dicho, la regla general respecto de la rendición o recepción de la prueba es que ésta debe practicarse en el juicio oral y ante el Juez penal correspondiente. Empero, peligrarán los fines del proceso cuando sea muy posible que la fuentes de prueba no puedan ser actuadas en el juicio oral. Ocurre, entonces, el llamado incidente probatorio. Para evitar el perjuicio de la prueba, se admite, como excepción a la regla general, que sea actuada antes del juicio y se constituya así en una “prueba anticipada” –término con el que es regulado en el título IV de la sección II del nuevo Código procesal penal¹⁵ (el Código de procedimientos penales de 1940 no admite la figura)–.

La sección que trata la prueba anticipada se la debemos en gran medida al Código italiano, que es fuente evidente de esta institución en nuestro Código.

Hemos tomado de ellos los requisitos de la solicitud de prueba anticipada (243.1 y 2 del NCPP, y 393.1 del Código italiano), los casos de procedencia (392 del Código italiano), el aplazamiento de la prueba anticipada –es de notar cómo en este último punto hemos sintetizado convenientemente los arts. 397, 398 y 401.1 del C. de PP. it.; en el 244.1 y 2 del NCPP–.

14 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima: Grijley, 2003, p. 798. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 662. ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 177- 178. CÁCERES, Roberto e IPARRAGUIRRE, Ronald. *Código Procesal Comentado*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 311.

15 En otras legislaciones, como la italiana, se la regula bajo la expresión “incidentes probatorios”.



En Chile se permite solicitar la prueba testimonial (y la pericial) en la preparación del juicio oral (280 de su Código).

También el Código de procedimiento penal colombiano prevé la anticipación de la prueba (arts. 284 y 285), aunque consideramos que su tratamiento no alcanza la sistemática e idoneidad del peruano.

3.1. Concepto

CLIMET DURÁN, entiende por prueba anticipada (irreproducibilidad sobrevenida y previsible), como todos aquellos casos en que accidentalmente, por causas sobrevenidas, es racionalmente previsible que durante el juicio oral no se pueda practicar una determinada prueba, y precisamente para prevenir tal imposibilidad se opta por practicar la prueba antes de dar comienzo al juicio oral. Así, ocurre en los casos de preverse la ausencia o ilocalización del testigo, o su grave enfermedad o fallecimiento, o cualquier otra circunstancia de parecida índole.¹⁶

En estos casos, entonces, lo que se hace es practicar el acto de prueba, ante la irrepitibilidad del hecho sobre el que recaen. Pero es evidente que, para que esos actos se constituyan en prueba, debe realizarse por autoridad competente¹⁷ ajustándose a un conjunto de requisitos y de garantías.¹⁸

3.2. Requisitos y garantías

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para la validez de la anticipación probatoria, tenemos en primer lugar el elemento material. Esto implica que, la prueba anticipada surge ante el inconveniente de la irrepitibilidad de su práctica en el juicio oral (aspecto común con la prueba preconstituida¹⁹). Debido a la fugacidad del objeto sobre el que recae,

16 CLIMET DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 1097-1098. ARIAS DUQUE, Juan Carlos. *El proceso penal acusatorio colombiano*. Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2005, pp. 93-101

17 En nuestro caso ante el Juez de la Investigación Preparatoria.

18 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, pp. 351-352. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho procesal penal*. Madrid: Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2004, pp. 272-274.

19 GIMENO SENDRA, Vicente: *Aseguramiento de prueba: prueba instructora anticipada y preconstituida*. En Vicente Gimeno Sendra y otros: *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Editorial COLEX, Madrid, 1997, pág. 376. Ver también: GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. *La prueba anticipada*. En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros (coords.). *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005, pp. 457 y ss. ASEN-CIO MELLADO, José María. Ob. cit., p. 172. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Ob. cit., p. 240. ALMAGRO NOSETE, José. Ob. cit., p. 44. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 365.

se hace necesario practicarla antes de que desaparezca irremediabilmente. Si la prueba puede ser actuada en el juicio oral, no hay razón para anticiparla, deberían seguir su destino de actos de investigación o pruebas preconstituidas, según sea el caso²⁰.

Otro requisito, para la actuación de una prueba anticipada (Subjetivo), es la presencia en la diligencia de un sujeto investido con potestad jurisdiccional. En el nuevo modelo procesal, el indicado para actuarla es únicamente el Juez de la Investigación preparatoria. Esto, además de diferenciar a la prueba anticipada de la prueba preconstituida, en la que no se requiere la presencia del Juez, representa una garantía para el imputado, porque se asegura la existencia de un efectivo control sobre tales actos por el juez de garantías.²¹

Además del Juez de la investigación preparatoria, el Código exige la asistencia del abogado del imputado, cuya asistencia es imperativa; si no comparece, será sustituido en la audiencia por uno de oficio (245.1). Podemos reemplazar abogados, pero no imputados. Con todo esto se intenta salvar cualquier colisión con principios como del contradictorio y de la igualdad de armas²².

Por otro lado, las formalidades de la prueba anticipada serán las mismas que las establecidas para la prueba en el juicio oral (245.3). Los documentos agregados al cuaderno de prueba serán remitidos al Fiscal, pero los defensores tendrán derecho a conocerlos y a obtener una copia (245.5). La inserción de la prueba anticipada al juicio oral se dará mediante la lectura de las actas que la contengan (art. 383.1). De este modo, constituye una excepción a la regla de actuación de prueba en el juicio oral y de la prohibición de incorporar pruebas mediante lectura.

Finalmente, el Código ha establecido límites temporales para la actuación de la prueba anticipada. Se evita de ese modo cualquier inconveniente respecto al momento de su producción, como los generados en

20 GÓMEZ DE LIAÑO. *ibidem*.

21 VARELA CASTRO, Luciano. "Investigación y preparación del juicio oral". En: AAVV. *La reforma del Proceso Penal*. Madrid. Tecnos, 1990, pp. 164-165. ASENSIO MELLADO, José María. Ob. cit., p. 172. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Ob. cit., p. 240. ALMAGRO NOSETE, José. Ob. cit, p. 44. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 365.

22 María Gómez de Liaño prefiere clasificar como un requisito adicional la garantía del principio contradictorio, atendiendo a que se la posibilidad de comparecer la defensa en la ejecución de dicha prueba. Lo considera un *requisito objetivo*. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. *La prueba anticipada*. Ob. cit., p. 458.

la doctrina española, la que se encuentra dividida entre quienes consideran que la prueba anticipada solo podría darse antes del juicio oral y quienes piensan que solo resultaría lógico hablar de ella antes de la vista oral, pero en la base del plenario, luego de la acusación²³. La actuación de una prueba anticipada se solicita durante la investigación preparatoria o en la etapa intermedia (242.2), antes de remitir la causa al juzgado penal siempre que exista tiempo suficiente para realizarla en debida forma (243.1), y en razón del peligro fundado de que esa fuente de prueba no pueda ser actuada en el juicio oral.

3.3. Supuestos de la prueba anticipada

Puede haber prueba anticipada en los siguientes casos (242.1): a) testimonial, b) examen pericial, c) careo, d) reconocimientos, e) inspecciones y f) reconstrucciones²⁴. En el caso de la testimonial, el examen pericial y el careo, el motivo apremiante es por enfermedad u otro grave impedimento, o porque se está sobornando o amenazando al declarante (testigo o perito) para que no declare o lo haga falsamente. En cambio, los reconocimientos, las inspecciones y las reconstrucciones se anticipan cuando, por su naturaleza y características, deben ser considerados actos definitivos e irreproducibles y no sea posible su realización en el juicio.

El reconocimiento de personas o cosas (incluyendo los sonidos y percepciones sensoriales) en la Investigación preparatoria exige la presencia de un sujeto distinto al imputado en el acto; debe estar presente el abogado defensor del imputado (según lo estipulado en el 189.3 CPP), solo en su defecto, lo presenciara el Juez de la Investigación preparatoria. Sin entrar en detalles respecto a cómo se resguardan mejor las garantías procesales o sobre la posibilidad de concurso de ambos en el acto²⁵, nos interesa dejar en claro que cuando está presente el Juez de la investigación preparatoria, se considerará la diligencia un acto de prueba anticipada.

3.4. La solicitud de actuación y su tramitación

Las solicitudes para la recepción anticipada de la prueba se dirigen ante el Juez de la investigación preliminar. Están legitimados para pe-

23 Ver por todos a: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. Ob. cit. pp. 319-320.

24 Como se dijo, en el sistema chileno solo se la admite en caso de testimonio y pericia.

25 El reconocimiento, para que constituya prueba anticipada requiere la presencia del abogado defensor (privado o de oficio, si le primero no puede comparecer), según el artículo 245° CPP.

dirla todos los sujetos procesales (el Código enfatiza la figura del Fiscal) (242)²⁶.

Admitida la solicitud de actuación de una prueba anticipada, el Juez correrá traslado por dos días para que los demás sujetos procesales presenten sus consideraciones respectivas (244.1). En este lapso, el Fiscal puede solicitar, motivadamente, el aplazamiento de la diligencia solicitada por otra de las partes cuando su realización pueda perjudicar los actos de investigación inmediatos (244.2). Luego, el Juez tiene dos días para decidir si acoge o no la solicitud y, en su caso, si aplaza la diligencia (indicando el plazo respectivo) (244.3).

El Juez puede abreviar los términos para asegurar la práctica de la prueba. Incluso puede, a pedido del Fiscal, disponer su actuación inmediata, sin traslado alguno, cuando existe peligro inminente de pérdida del material probatorio. En este caso se designará un abogado de oficio para que controle el acto, siempre que no se pueda comunicar su actuación a la defensa (244.4). La resolución que contenga la decisión del Juez al respecto (acogiendo o desestimando la solicitud, disponiendo el aplazamiento o realización inmediata de la actuación del medio probatorio) es apelable, con efecto devolutivo (246).

La resolución que dispone la realización de la prueba anticipada especificará el objeto de la prueba, los interesados en su práctica y la fecha de audiencia (no menor al décimo día desde la citación), donde se citará a todos los sujetos procesales, sin excepción, realizada, preferentemente en una sola audiencia (244.5 y 6).

3.5. La audiencia de prueba anticipada

Se citará a la audiencia a todos los sujetos procesales, de los cuales solo son indispensables el Fiscal y el abogado defensor (245.2). De no presentarse este, se nombrará uno de oficio, a menos que, por la naturaleza de la prueba, pueda esperar su práctica (245.1). Estas disposiciones tienen

26 En Italia los legitimados para solicitarla son el Ministerio Público, el agraviado, eventualmente, y el procesado. Ver al respecto: CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Tomo II. Bogotá: TEMIS, p. 185. En Chile, en cambio, solo lo puede hacer el fiscal, cuando el testigo, después de declarar ante él, manifestase la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio oral (art. 191, incs. 1 y 2 del CPP chileno); mientras que en la audiencia de preparación del juicio oral, puede solicitarlo cualquier interviniente en el proceso y no solo respecto al testimonio, sino también a la pericia. Para la legislación chilena ver a LÓPEZ MASLE. Ob. cit. p. 143.

su razón de ser; buscan evitar las tretas que intenten impedir la actuación de la prueba. Atendiendo las garantías del proceso, se pudo exigir también la presencia del imputado o acusado o investigado, pero no se podía condicionar la validez del acto siempre a la presencia de este sujeto procesal, él es irremplazable. En cambio, si el ardid del imputado perjudicado con la actuación probatoria es no enviar al abogado defensor, este sí puede ser reemplazado por uno de oficio, manteniendo vigente así incólume su derecho a defensa. Aclaremos que principalmente la exigencia de un abogado defensor, aún de oficio, en las actuaciones de pruebas anticipadas, no se instauró pensando en las formas maliciosas de defensa, sino en respetar efectivamente el derecho a la defensa ante la premura de actuar una prueba que muy probablemente será perdida por el transcurso del tiempo.

3.6. Incorporación al juicio y valoración

Una regla importante en un sistema acusatorio es la prohibición de introducir al juicio una prueba mediante su lectura –contrario a los sistemas inquisitivos–. Como quedó dicho, la incorporación para la lectura en juicio de actas, conteniendo la prueba anticipada, es una excepción²⁷ (383.1).

4. LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Como hemos advertido, el Código Procesal Penal no dispensa un tratamiento pormenorizado a la importante figura de la prueba preconstituida. En todo el articulado solo se hace mención a la misma en el inciso 2 del artículo 425, referido a las pruebas que podrán tener en cuenta el Tribunal de Segunda Instancia para resolver el Recurso de Apelación de Sentencia. Además, aunque no lo dice expresamente, debe entenderse que la última parte del artículo 325 reglamenta su lectura en el Juicio Oral.

4.1. Concepto y justificación

Para comprender el problema de la prueba preconstituida, es importante tener en cuenta lo afirmado por SAN MARTÍN CASTRO, “*Cuando por la*

27 PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal penal*, Madrid: Tecnos, 1978, p. 249. ASEN-CIO MELLADO, José María. Ob. cit., p. 177. ORTELLS RAMOS, Manuel. “Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial”. Ob. cit., pp. 377 y ss. AGUILERA DE PAZ, Enrique. *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Tomo V. Madrid: 1924, pp. 511 y ss. DÍAZ CABIALE, José Antonio. “La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal”. *Cuadernos del CGPJ*, N° 20, Madrid, 1992, p. 196.



fugacidad de los hechos no sea posible su reproducción en el ulterior juicio oral, deviene necesario que el Juez Penal –en tanto sea este el titular de la investigación–, el Fiscal o, incluso la Policía Judicial, procedan al aseguramiento de la prueba, bien practicándola directamente bajo la intermediación del Juez Penal (...) o bien asegurando las fuentes de prueba para poder trasladarlas en su día al órgano jurisdiccional de enjuiciamiento.”²⁸

En ese sentido, la prueba preconstituida es aquella practicada antes del inicio formal del procesal –en la denominada fase preprocesal– realizada siempre con las garantías constitucionales y legales pertinentes, y en la medida que sean de imposible o muy difícil reproducción.²⁹ Esta irreproducibilidad es originaria³⁰, por lo que, con la preconstitución de la prueba se busca asegurar los indicios y fuentes de prueba.³¹ Debido a la irrepetibilidad originaria, como advierte CLIMET DURÁN, se procura al máximo su preconstitución probatoria tratando de que las garantías procesales padezcan lo menos posible. Se reproducen durante el juicio oral mediante las declaraciones de quienes intervinieron en ellas o mediante la lectura del acta levantada con motivo de su realización.³²

4.2. Fundamentos y requisitos

Ahora bien, en cuanto a los criterios que justifican su excepcionalidad a la producción de esta clase de pruebas en el juicio oral, el Tribunal Constitucional español ha sostenido en jurisprudencia reiterada que “(...) únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se

-
- 28 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Lima: Grijley, 2003, pp. 797-798. ALMAGRO NOSETE, José. “Teoría general de la prueba en el proceso penal”. En: AAVV. *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 24-25. GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 375.
- 29 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 798. HERNÁNDEZ GIL, Francisco. “La prueba preconstituida”. En: AAVV. *La prueba en el proceso penal*. Madrid: Centro de Estudios judiciales, 1993, p. 83. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 662. ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el nuevo código procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 177-178. CÁCERES, Roberto e IPARRAGUIRRE, Ronald. *Código Procesal Comentado*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 311.
- 30 CLIMET DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- 31 GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 379.
- 32 CLIMET DURÁN, Carlos. Ob. cit., pp. 1098 y ss.



desarrolla ante el mismo juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de este sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo por los medios aportados a tal fin por las partes. Por lo contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 LECrim), que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que estos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador. Ahora bien, esta doctrina general tiene como excepciones, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, los actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral, b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás intervinientes en el juicio oral)".³³

De aquel fallo, entonces, se derivan los requisitos de la prueba preconstituida. El primero de ellos es la irrepetibilidad del hecho el juicio oral.³⁴ Luego, la intervención judicial y la posibilidad de contradicción; ya que,

33 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, 141/2001, del 18 de junio.

34 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 799. ASECIO MELLADO, José María. Prueba Prohibida y Prueba preconstituida, p. 172. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. Ob. cit., p. 240. ALMAGRO NOSETE, José. Ob. cit., p. 44. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Ob. cit., p. 365.

para la actuación de esta clase de pruebas, es necesaria la contradicción, con citación de las partes y plena intervención de ellas en su actuación. Sin embargo, la doctrina considera que en determinados casos no es exigible una contradicción efectiva, como ocurre, por ejemplo, en las diligencias de allanamiento, incautación, inspecciones oculares preliminares, levantamiento de cadáver y otras similares, en las que solo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y la Ley: son los casos de prueba instructora preconstituida³⁵. Y finalmente, la lectura del documento en la sede del juicio oral. Conforme al último párrafo del artículo 325 del NCPP: “*Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas (...) y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código*”.

4.3. Supuestos de producción de la prueba preconstituida

Las pruebas preconstituidas no requieren ni la presencia del juez ni el necesario emplazamiento de las partes. Se trata de diligencias como el allanamiento, la incautación, las inspecciones oculares preliminares, el levantamiento de cadáver y otras similares, en las que solo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y la ley. Muchas de estas actuaciones solo se realizan con la presencia de la policía; por ello, es necesario diferenciar los atestados policiales de las actas levantadas durante las investigaciones, que suelen ser adjuntadas a este documento. Los informes policiales no constituyen fuentes de prueba³⁶, pero algunas de las actas levantadas durante la investigación sí pueden ser consideradas pruebas, siempre que cumplan con los requisitos de las pruebas preconstituidas.³⁷

Ello implica que distingamos entre las diversas formas de diligencias policiales, en ese sentido, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA³⁸ señala que existen tres clases de actuaciones entre las diligencias policiales: a) Declaraciones o manifestaciones de los imputados o testigos o identificación en rueda, que tiene el valor de mera denuncia; b) Dictámenes o

35 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 799.

36 ORTELLS RAMOS. Ob. cit., p. 738.

37 SAN MARTÍN CASTRO, César y AZABACHE CARACCILO, César. “*Obtención y valoración de la prueba*”. Curso a distancia para magistrados, Academia de la Magistratura, 2000, pp. 41-42.

38 BURGOS LADRÓN DE GUEVARA. *Valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*. Madrid: Civitas, 1996, p. 156.



informes emitidos por los laboratorios científicos policiales, que pueden complementarse como prueba pericial si son ratificados en sede judicial, y; c) Diligencias no reproducibles en juicio oral, como inspección, revisión, incautación, hallazgo, pesaje, allanamiento, etc. Estos son lo denominados “actos de constancia”, que se limitan a reflejar fielmente determinados datos o elementos fácticos de la realidad externa.

De cara a esa distinción, es claro entonces que, en este último supuesto, donde se generan las pruebas preconstituidas. Para la jurisprudencia española, un acto de constancia adquiere el carácter de prueba cuando existan razones de urgencia que justifiquen la intervención policial y que la actividad realizada no sea susceptible de repetición ante el juez. Así refiere la Sentencia del Tribunal Supremo español 1492/1997 de 28 de noviembre: *“Siempre que haya urgencia en la recogida de elementos y efectos integrantes del cuerpo del delito, la Policía judicial está autorizada por el ordenamiento, en cumplimiento de una función aseguradora de tales elementos de prueba (artículos 282 y 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a acreditar su pre-existencia mediante los pertinentes actos de constancia, que tendrán el valor de prueba preconstituida aun cuando no estuvieran presentes en la correspondiente diligencia los ocupantes del vehículo debidamente asistidos por sus Abogados”*.³⁹

El inciso e) del artículo 383 del Código Procesal Penal enumera algunas de estos actos de constancia, cuando precisa que *“solo podrán ser incorporados al juicio para sus lectura: (...) e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras”*.

4.4. Incorporación al juicio y valoración

Debe ser introducida al juicio oral a través del trámite de lectura de documentos u oralización de medios probatorios, contemplado en los incisos b), c) y e) del artículo 383 del Código Procesal Penal de 2004. Según GIMENO SENDRA⁴⁰, la lectura se justifica, porque posibilita la contradicción por

39 TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA, Sentencia 1492/1997, del 28 de noviembre. Citado por: CLIMET DURÁN. Ob. cit., p. 1106.

40 GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 378.



las propias partes y evita que a través del principio de examen de oficio de la prueba documental se introduzcan en calidad de prueba meros actos de investigación. En esa medida, la prueba preconstituida es una prueba documental como documentos públicos oficiales suficientes para fundamentar una sentencia condenatoria.⁴¹ En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional español 303/1991, de 25 de octubre, refiere que:

“la jurisprudencia de este tribunal ha reconocido, aunque de forma excepcional, un cierto valor de prueba a determinadas actuaciones policiales, en las que concurre el doble requisito de tener por objeto de mera constatación de datos objetivos y de ser irrepetibles, es decir, de imposible reproducción en el juicio oral. Cuando al dato de la objetividad de las actuaciones contenidas en el atestado se añade su irrepetibilidad, las actas policiales se convierten en prueba preconstituida, la cual ha de introducirse en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes. Así sucede, por ejemplo, con la recogida del cuerpo, los efectos son los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantadas sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia.

La aplicación de la anterior doctrina al contenido del acta nos revela que dicha diligencia policial participa de toda la naturaleza de la prueba preconstituida en todo lo referente al hecho del hallazgo de la droga en las dependencias policiales, pues esta circunstancia fáctica participa de todos los requisitos que han de concurrir en tales actos probatorios de intervención policial, cuales son, como se ha indicado, la urgencia, la irrepetibilidad y la fiel reproducción de la realidad externa en la que se concreta dicho hallazgo, cuya existencia, por lo demás, nunca ha sido negada por los acusados”.

En el caso de las actas levantadas durante la investigación policial y que constituyen pruebas preconstituidas, además para su actuación en el juicio oral, es indispensable que comparezca como testigo el agente policial interviniente a fin de conceder al contenido del acta de verosimilitud fuera de toda duda razonable.⁴²

41 GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid: Colex, 2004, p. 351. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor de Zavalía, 1981, pp. 535-536.

42 SAN MARTÍN CASTRO, César, y AZABACHE CARACCILO, César. *“Obtención y valoración de la prueba”*. Ob. cit., pp. 44-45. VEGAS TORRES, Jaime. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madrid: La Ley, 1993, pp. 367-368.



5. DISTINCIÓN ENTRE PRUEBA ANTICIPADA Y PRUEBA PRECONSTITUIDA

Para establecer las diferencias sustanciales entre la prueba anticipada y la prueba preconstituida, es importante tener en cuenta la Sentencia 56/2003, del 23 de enero, emitida por el Tribunal Supremo español:

“La cuestión, por tanto, se reduce a valorar si la prueba preconstituida o anticipada, tiene virtualidad suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales, que requieren la existencia de una prueba de cargo válidamente obtenida, como base insustituible de una sentencia condenatoria. En primer lugar, estimamos conveniente establecer una distinción entre lo que es prueba preconstituida y lo que constituye prueba anticipada. Prueba preconstituida es aquella de imposible reproducción en el juicio oral, ya que, por su característica (autopsia, análisis de laboratorio, inspección ocular en el momento del delito, levantamiento del cadáver), no es factible proceder a su reproducción íntegra en el momento del juicio oral y solo a través del interrogatorio de los peritos o de su lectura, puede ser considerada por el órgano juzgador. Por el contrario, la prueba anticipada es aquella que se realiza en el momento de la investigación, que va a ser difícil su práctica en el momento del juicio oral (fundamentalmente declaraciones de testigos enfermos, cuya evolución es complicada, o de aquellas personas que por su falta de arraigo se considera que va a ser imposible localizarlas para prestar testimonio en el plenario, por su condición de extranjeras o presumirse difícil su localización).”⁴³

En ese sentido, podemos decir que si bien la prueba anticipada comparte ciertas características comunes con la prueba preconstituida como la de ser medio de aseguramiento de la prueba ante su irrepetibilidad, y el hecho de que ambas ingresan al juicio oral a través de la lectura de documentos no son lo mismo. Las diferencias sustanciales entre ambas figuras son las siguientes:

- a) La prueba anticipada se practica durante la investigación preparatoria (o en la etapa intermedia); mientras que la prueba preconstituida antes del inicio formal del proceso.
- b) Las primeras se adecuarán a los requisitos que tenga la prueba en el juicio oral, especialmente la inmediación ante el Juez. Mientras que las

43 TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, Sentencia 56/2003, de 23 de enero. Citado por CLIMET DURAN, Carlos. Ob. cit., pp. 1099-1100.



últimas no requieren ni presencia del Juez ni necesario emplazamiento a las partes, puesto que se tratan de diligencias como inspecciones oculares preliminares, levantamiento del cadáver, necropsia, pericia médico legal y otras similares⁴⁴.

- c) La irrepetibilidad de la prueba preconstituida es originaria, se trata de un suceso que no se podrá repetir luego, como el caso del pesaje de la droga encontrada. Mientras que en el caso de la prueba anticipada, la irrepetibilidad es derivada, ya que, en principio podría ser actuada en el juicio oral, pero por eventos posteriores se anticipa su actuación.
- d) Para su validez y legitimidad, la prueba preconstituida depende de la corrección del procedimiento empleado para su fijación. Mientras que en el caso de la Prueba Anticipada, su validez y legitimidad se encuentra descontada, porque para su actuación se siguió un procedimiento análogo al juicio oral, y por tanto, tributario de sus principios.
- e) Aunque, como se ha dicho, un rasgo común de las figuras analizadas implica que ambas requieren para su incorporación al proceso de la lectura del documento donde se encuentran contenidas, la manera de su producción generan importantes diferencias. Así, en el caso de la prueba preconstituida, la lectura será seguida de un debate abierto entre las partes, en salvaguarda del contradictorio. En cambio, en la prueba anticipada, el debate ya se produjo durante su actuación y en presencia del Juez.
- f) La prueba preconstituida no requiere, para su regularidad, la notificación de los otros sujetos procesales, pues en el momento de su producción estos todavía no existen. Mientras que en el caso de la prueba anticipada, la notificación a todas las partes procesales resulta indispensable para que la misma se ajuste al principio de contradicción.
- g) La prueba preconstituida es necesaria por cuanto recoge un hecho que jamás se volverá a repetir, y por tanto, se practica atendiendo a la urgencia de reguardar la prueba. Mientras la prueba anticipada se realiza bajo una urgencia circunstancial.

44 SAN MARTÍN CASTRO, César, y AZABACHE CARACCILO, César. *Obtención y valoración de la prueba. Curso a distancia para magistrados*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000, pp. 41 y 42.

CUADRO COMPARATIVO⁴⁵

	Prueba preconstituida	Prueba anticipada
Por su naturaleza	Es condición de la prueba preconstituida su irrepetibilidad.	En principio, la actuación de esta prueba está reservada al juicio oral. Las circunstancias del caso la convierten en irrepetibles.
Por las condiciones para su validez	Sólo se exige las garantías de actuación previstas en la Constitución y en la Ley, no requiere presencia del Juez ni emplazamiento a las partes.	Debe ser actuada con los requisitos que corresponderían a su práctica en el juicio oral. Requiere presencia de abogado defensor (aun de oficio) y del Fiscal, como mínimo, los demás sujetos procesales serán notificados, pero su presencia no es indispensable.
Según en el momento en que aparecen	Generalmente se origina antes del inicio formal del proceso penal, cuando la Policía inicia su actividad para verificar la noticia del crimen.	Se produce del proceso, en la investigación preparatoria. Sus actuaciones pueden realizarse durante la etapa intermedia.
Ejemplos	Levantamiento del cadáver, el allanamiento, inspecciones oculares preliminares.	El peligro de muerte del testigo antes de rendir su declaración en el juicio oral.

45 Fuentes principales para este cuadro comparativo: ANGULO ARANA, Pedro. *La investigación del delito en el nuevo Código procesal penal*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 179 y 180, y SAN MARTÍN CASTRO, César y AZABACHE CARACCILO, César. Ob. cit., pp. 42 y 43.

COMENTARIO 2:

LA PRUEBA ANTICIPADA

PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA*

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro nuevo Código Procesal Penal (NCPP) se ha establecido, implícitamente, que la prueba válida para la decisión judicial será la realizada durante el juicio oral. Ello, por lo demás, resulta coherente con las ideas que sostuvieron que el problema central de la reforma era la posición del juicio oral¹, donde la libre contradicción, el debate y la publicidad constituirían verdaderos mecanismos de seguridad² y donde la oralidad se convertiría en un test fundamental de control³.

Por cierto que en Latinoamérica y en el mundo existen expresiones más acusatorias respecto el juicio oral y la prueba. Así, en Chile se dijo: “En un modelo como el que adopta el nuevo código, el proceso penal es el juicio oral” y “no hay prueba producida fuera del juicio y lo único que existe, para los jueces que van a fallar, es lo que ocurre en esta audiencia”⁴. Ello también se sostiene en Colombia⁵. En España, se llegó a lo mismo, mediante desarrollos jurisprudenciales, a partir de la Sentencia N° 31/1981 del Tribunal Constitucional que, en su fundamento tercero, en referencia al juicio oral, sostuvo: “El Tribunal Penal solo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él”⁶.

* Magíster y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Superior Titular de Lima. Profesor Asociado de la Academia de la Magistratura. Profesor de los cursos de Derecho Penal, Derechos Humanos y Ministerio Público en la escuela de Post Grado de la Universidad Federico Villareal, en la Maestrías en Derecho Penal y Derecho Jurisdiccional.

1 AZABACHE C, César. “Introducción al Procedimiento Penal”. Palestra. Lima, 2003, pág. 149.

2 *Ibid.*, pág. 159.

3 *Ibid.*, pág. 152.

4 BAYTELMAN A, Andrés. “El juicio oral”. En: *Nuevo Proceso Penal*. Alex Carocca y otros. Editorial Jurídica Cono Sur Ltda. Santiago de Chile, 2000, pág. 241.

5 GRANADOS PEÑA, Jaime. “El sistema acusatorio en el Derecho comparado y la nueva Fiscalía General en Colombia”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1996, págs. 17 y sgtes.

6 AZABACHE C. *Ob. cit.*, págs. 191-192. En el mismo sentido se pronuncian BINDER, Alberto. “Iniciación al proceso penal acusatorio”. *Inecip-Alternativas*. Lima, 2002, pág. 90. MONTERO AROCA, Juan. “Principios del proceso penal”. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997,



Ahora bien, a pesar del sustento esgrimido, en nuestro Código adjetivo aparece la denominada "prueba anticipada", como una figura excepcional, con una regulación expresa, principalmente entre los artículos 242 al 246 del NCPP, sin que, dicho sea de paso, se ofrezca un concepto de la misma ni se aprecie todavía trabajos que desarrollen su significado e importancia.

Sabemos que la actuación probatoria en juicio oral supone haber cumplido varias etapas, tales como la culminación de la investigación preparatoria y la finalización de la fase intermedia; supone que se ha efectuado la imputación y el requerimiento; vale decir, que el fiscal consiguió armar un caso y el juez resolvió la existencia de causa probable; y, por ello, se abre paso a la actividad, donde naturalmente se expondrán las pruebas de cargo, que sustentan la imputación. En tal sentido, la prueba anticipada, cosa singular, se realiza sin que exista ni juicio oral ni imputación formal.

Por otro lado, la prueba anticipada, conforme a la lectura del Código, parece estar más pensada y adecuada para su ejercicio por el fiscal, antes que por la defensa e, inclusive, aparece en la norma un singular privilegio del fiscal, que es poder requerir el aplazamiento de la diligencia solicitada por otro sujeto procesal (artículo 244, inciso 2), lo que implica que se desvirtúa el principio de igualdad; lo mismo que requeriría, por lo menos, una explicación.

Por lo dicho, es que consideramos que se requiere abordar esta temática y, por ende, presentamos este breve estudio, cuyo único interés es promover la discusión y el debate, así como la expresión de nuevas y más esclarecedoras opiniones, que posibiliten el mejor funcionamiento de la institución.

II. CONCEPTO

Consideramos que inicialmente será importante ofrecer algunos conceptos sobre la prueba anticipada, puesto que, en cuanto son descriptivos, nos permiten adentrarnos en la problemática que le rodea.

Así tenemos que, la prueba anticipada, según Ortells Ramos, citado por Roberto E. Cáceres, "es la práctica de un medio de prueba en un momento anterior al que le corresponde, según el orden del procedimiento, que se acuerda porque es razonablemente previsible la imposibilidad de tal prácti-

pág. 67. BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano". En: *El Nuevo Proceso Penal*. Víctor Cubas y otros. Palestra. Lima, 2005, págs. 52 y sgtes.

ca en el momento ordinario o la necesidad de suspender el juicio oral, para proceder a la misma”⁷.

César San Martín, cita a su vez, el concepto que ofrece Francisco Hernández Gil, quien sostiene que es “aquella practicada siempre con intervención del juez penal o Tribunal y con posibilidad de someterla a contradicción, realizada cuando fuere de temer que no podrá practicarse en el juicio oral o que pudieran motivar su suspensión, esto es cuando no sean reproducibles en acto oral o cuando siendo por naturaleza reproducibles, como es la declaración testifical, concurren circunstancias fundadas que impide practicarlas en el plenario”⁸.

Entre nosotros, Pablo Sánchez indica que “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”⁹.

A partir del concepto, cabe dejar por sentado que el solo nombre de “prueba anticipada” constituye una importante alusión a que la actividad probatoria, en el nuevo modelo de visible tendencia acusatoria, posee un momento natural, que es el juicio oral.

En tal sentido, la anticipación constituye una operación jurisdiccional que surge motivada por circunstancias ajenas a los sujetos procesales, cuyo derecho a la prueba resulta amenazado, ya que la prueba que les favorece naturalmente debería efectuarse en su momento formal, cuando ya no podría obtenerse. También los conceptos permiten entender que la prueba, por las circunstancias del caso, no podría desarrollarse en el espacio establecido para efectuar el juicio oral. Su realización supondrá salir de tales linderos.

III. REQUISITOS

Vienen a ser las condiciones que deben presentarse inexorablemente durante la realización de la investigación del delito para justificar una actuación anticipada de prueba. Tales condiciones aparecen explícitas o implícitas en los artículos 242 y siguientes del nuevo Código adjetivo.

7 CÁCERES J., Roberto e IPARRAGUIRE N., Ronald. “Código Procesal Penal comentado”, Jurista Editores. Lima, 2005, pág. 310.

8 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. “Derecho Procesal Penal”. Volumen II. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2003, pág. 798.

9 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Manual de Derecho Procesal Penal”. Idemsa. Lima, 2004, pág. 659.

1. Existencia de investigación preparatoria

La actuación anticipada de prueba, por imperio de la Norma adjetiva, no podría ocurrir durante la realización de los actos iniciales de la investigación o las diligencias preliminares; por ende, si durante tales primeras actuaciones se produjera la convicción, en el fiscal, de la necesidad de actuar pruebas anticipadamente, deberá disponer, previamente, la formalización de la investigación preparatoria (artículo 338, inciso 4).

En todo caso, la norma menciona que también podrá actuarse prueba anticipada durante la fase intermedia (artículo 242, inciso 2).

2. Solicitud de sujeto procesal

La norma establece que solicitar la actuación anticipada de prueba constituye una facultad de los sujetos procesales y no solamente del Ministerio Público. Por ende, la solicitud de prueba anticipada sería prácticamente vinculante, en tanto resulta, también, ser expresión del derecho de defensa.

Podría ocurrir entonces que la defensa, interesada en cierta actuación de prueba, deba solicitar al fiscal que disponga el inicio de la investigación preparatoria, no porque acepte los cargos iniciales, sino para posibilitar su propio ejercicio de la defensa, a través de la prueba anticipada.

Se utiliza el verbo instar (del latín *instare*) cuyo significado es pedir o urgir la pronta ejecución de una cosa, quedando claro que instar supone requerir al juez, esto es hacerlo sujeto pasivo para que actúe conforme a lo que se solicita. Se entiende, de acuerdo a la normativa referida, que existe imposibilidad material y legal de que el juez pueda actuar de oficio una prueba anticipada.

La norma exige que la solicitud debe ser sustentada con una motivación, individualizándose los temas que se deben desarrollar (artículo 243, inciso 2).

3. Urgencia de la actuación

La prueba anticipada se realiza bajo la presión de una urgencia, más o menos sensible, conforme a la necesidad de registrar información que un sujeto procesal corre peligro de perder irremediablemente si se espera a la instancia formal de actuación probatoria, esto es el juicio oral. En todos los casos de actuación anticipada se aprecia que las condiciones de las personas y el transcurso del tiempo, obran produ-



ciendo una mayor o menor urgencia, respecto a la necesidad de actuar la prueba.

Precisamente, en las normas adjetivas que regulan la prueba que nos ocupa, puede advertirse una gradación progresiva de la urgencia, conforme a las circunstancias del órgano de prueba.

3.1. No urgencia

Se presenta cuando el principal y/o único interés motivador de la diligencia es anticiparse al juicio oral para actuar la prueba. Aparece gráfico el caso en el artículo 243, inciso 1, pues allí se advierte la existencia de tiempo suficiente para practicar la actuación en la forma debida.

Ello supone reflejar del mejor modo posible la realización del juicio oral, mediante la existencia del sujeto procesal opuesto.

3.2. Casos de urgencia

De estos casos se aprecia que pueden presentarse dos posibilidades reconocibles:

a) Casos de urgencia propiamente dichos

En estas situaciones, el juez dispone que los términos temporales se abrevien. De todos modos, la disposición se notifica y se busca lograr la participación del sujeto procesal contrario, lo cual es razonablemente posible que se logre.

b) Caso de peligro inminente de pérdida del elemento probatorio

En este caso, no admitiéndose razonablemente dilación alguna, el juez decide la actuación de inmediato, sin traslado al otro sujeto procesal, designándose a un defensor de oficio. Como puede objetivamente apreciarse, subsiste un esfuerzo por garantizar el control de la actuación probatoria.

3.3. Testimonios especiales

Se refiere a los casos de peligro de muerte o de viaje inminente, de quien debería rendir testimonio, ocasiones en que son impracticables inclusive las reglas de la prueba anticipada (artículo 171, inciso 2). El testimonio se recoge de todos modos por la autoridad.

La norma no indica explícitamente a quién se refiere. Puede entenderse que la diligencia la practicará solo la Policía o el Ministerio Público. Inclusive, podría ser que acuda el juez, pero no un defensor de oficio. En tales casos no se cumplen las reglas de la prueba anticipada.

4. Registro de hechos

La actuación de prueba anticipada, conforme a su naturaleza, únicamente puede tener como sentido y razón el registro de hechos. Por ende, lo que se plasmará en algún tipo de soporte será una actividad (declaración, por ejemplo) u obra humana (acta de recojo de restos de persona asesinada, por ejemplo) o vestigios (manchas de sangre, por ejemplo).

Se advierte, pues, que la actuación anticipada de pruebas nunca debe realizarse para registrar juicios o afirmaciones sobre hechos¹⁰. Salvo el caso de los peritos.

5. Importancia de la prueba

Además de presentarse los otros requisitos, algo relevante será fundamentar la importancia objetiva y hasta decisiva que debe tener la prueba a actuarse, respecto al derecho de quien la solicita. Obvio que de no recogerse el pedido se causaría la indebida indefensión del solicitante.

El sujeto procesal debe exponer los fundamentos y razones de la importancia de la prueba a actuar, para la decisión del juez o del colegiado (artículo 243, inciso 2). Esto supone un plano de sustento objetivo.

6. Imposibilidad de actuación posterior

Este elemento también debe sustentarse, conforme al caso concreto, puesto que las circunstancias que no permitirían la actuación posterior en el juicio son las que determinan la anticipación¹¹.

Ahora bien, si nos atenemos a los diversos incisos del artículo 242 del NCPP, no solamente hay referencia a la imposibilidad material de una posterior actuación probatoria, sino también a que la prueba podría actuarse, pero ya carecería de valor en razón de diversos motivos ajurídicos, como son presiones, amenazas o recompensas.

De lo referido se desprende que las motivaciones que posibilitan una actuación posterior son muchas y variables.

10 Florián aclaró en su momento, con brillo y maestría, que objeto de la prueba común pueden ser tanto los hechos como los juicios o afirmaciones sobre aquellos, puesto que, particularmente, en algunos casos concretos, los hechos solo pueden ser conocidos a partir de tales afirmaciones o juicios. Tal es el caso del juez, quien recibe información de los hechos acaecidos (que él no presencié) a través de las percepciones (vinculadas al juicio) de quienes fueron sus testigos. FLORIÁN, Eugenio. "De las pruebas penales". Tomo I. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002, págs. 102-104.

11 SAN MARTÍN CASTRO. Ob. cit. Vol. I, pág. 458.



IV. CASOS

1. Imposibilidad material de repetir

Repetir es volver a hacer lo que antes se ha hecho, resultando evidente que la declaración de una persona efectuada ante la Policía, si aquella goza de buena salud, tiene domicilio conocido y afán de colaborar con la justicia, bien podrá repetirse en el juicio oral. Pero las circunstancias alrededor de la persona concreta que, por ejemplo, resulta directamente agraviada o testigo de un hecho, podría imposibilitar que luego (en la etapa de juicio oral) pueda acudir a prestar testimonio; ejemplo: el turista agraviado que debe viajar o el testigo gravemente enfermo.

Tal como pueden actuarse testimoniales, también tendrían que realizarse careos. Ello cuando aparecieran contradicciones entre imputado y agraviado, testigo u otro imputado y si subsistieran circunstancias que impidieran la actuación posterior¹². A ello se adicionan las contradicciones entre agraviados o entre testigos o entre estos últimos y los primeros. El requisito es que las contradicciones sean importantes y el esclarecimiento requiera escuchar a ambos.

Por igual motivo, en el tiempo, puede escurrirse el valor y la significación de las actuaciones; por eso, cabe anticipar reconocimientos de personas, cosas, voces, sonidos y todo aquello que sea sensible de percibir por los sentidos, para lo cual podrán efectuarse inspecciones o reconstrucciones (artículo 242, inciso 1, literal c).

Por ende, no es que el fiscal o la defensa soliciten una declaración cualquiera, que luego servirá para “refrescar la memoria”, sino que el juez de la investigación preparatoria, quien presidirá la diligencia, debe dotar de todas las formalidades posibles a una actuación no repetible, para su validez ulterior en el juicio oral¹³.

12 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: *El Nuevo Proceso Penal*. Víctor Cubas Villanueva et al. Palestra. Lima, 2005, págs. 461-462.

13 La imposibilidad material de repetir una actuación probatoria, que determina la necesidad de anticipar la actuación de prueba y que importa la generación de una prueba anticipada, debemos distinguirla de la imposibilidad natural de repetir un acto de investigación, lo cual deviene a generar un acto único y lógicamente irrepetible, generalmente obra del personal policial, que deviene a constituir la prueba preconstituida, reconocida en el artículo 425, inciso 2, del NCPP.

2. Distorsión de la versión

Este caso puede suponer que la persona, testigo de los hechos (órgano de prueba), sea objeto de coacciones o víctima de amenazas para evitar que informe cuanto ha percibido y/o conoce, siendo lo sustancial que se advierta su vulnerabilidad que lo llevaría a alterar la versión o inclusive negarla. Esto último ha sido tomado de la Norma adjetiva italiana¹⁴.

Posibilitar que se adelante la actuación de prueba, para evitar que se contamine la misma¹⁵ con alteraciones a lo realmente sucedido, constituye un modo importante de prevención, respecto de la distorsión de los testimonios y el logro de la justicia.

3. Deterioro de las evidencias

Se trata de prevenir el posible deterioro o pérdida de la evidencia de prueba, sea como producto del tiempo que transcurre o de la acción humana, que pretendería que se cuestione su validez¹⁶. Este tema resulta relevante por cuanto ciertas diligencias, como un reconocimiento, probablemente no se deberían de anticipar, por estar ausente el testigo, sino por la necesidad de adelantarse a la prensa, cuya actividad podría generar dudas respecto a un reconocimiento en una fase posterior, luego de la difusión de su rostro.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUACIÓN PROBATORIA

La actuación de la prueba anticipada asume determinadas características que pasamos a detallar:

1. Carácter jurisdiccional

La prueba anticipada se presenta en nuestra legislación como un neto producto de carácter jurisdiccional, desprendiéndose ello del inciso 1 del artículo 242 del NCPP y, sobre todo, de la última parte del inciso tercero del artículo IV del Título Preliminar del Código adjetivo citado.

La prueba anticipada, pues, no puede provenir de la actividad policial ni fiscal. Quien decide, en última instancia, la realización de la actuación an-

14 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO. Ob. cit., pág. 459.

15 CÁCERES J. Ob. cit., pág. 311.

16 CÁCERES J. Ob. cit., pág. 311.

tipada de prueba es el juez, quien es también el que dirige la actuación en la Audiencia Única (artículo 244) y levanta el acta correspondiente que luego entrega al fiscal. Por lo tanto, el señorío del juez y su responsabilidad en la actuación de la prueba anticipada resultan evidentes.

2. Control de sujeto procesal contrario

La actuación anticipada de prueba busca preservar la contradicción¹⁷, esto es, el control por el sujeto procesal opuesto. Por ello existe preocupación por el “tiempo suficiente para realizarla en debida forma” (artículo 243, inciso 1, último parte), pues la forma ideal de practicarla resulta ser: “con las formalidades establecidas para el juicio oral” (artículo 245, inciso 3).

El tema es que, aun dejando de lado el juicio oral, el medio de prueba debe practicarse con conocimiento de las partes y brindándoles la oportunidad de ejercer el derecho de contradicción. De donde se concluye: “Solo las pruebas practicadas con la observancia del principio de contradicción pueden tener pleno valor probatorio dentro del proceso”¹⁸.

Sin embargo, puede ocurrir que las circunstancias no favorezcan que exista tiempo para la comunicación a la defensa, denominándose a ello como “casos de urgencia”. En tal situación, se permite que el juez abrevie los términos y si existiera “peligro inminente de pérdida del elemento probatorio”, decidirá la actuación designando a un defensor de oficio (artículo 244, inciso 4).

Por ende, se aprecia que existe un interés fuerte en que se controle la actuación probatoria; sin embargo, el Código se ha puesto en sentido extremo en un tercer caso, referido a los testimonios: el de la persona que se encuentra en peligro de muerte y la que viajará de modo inminente (artículo 171, inciso 2).

Baytelman sostiene que en el modelo acusatorio, el juicio oral en realidad no solo permite el control de la calidad de información (depuración de la información falsa por quien posee mayor interés en ello) por los contrincentes, sino que “el rol del juez consiste en testear imparcialmente la verdad que el Ministerio Público pretende establecer a través del juicio”¹⁹.

17 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO. Ob. cit., pág. 458.

18 GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. “Las pruebas en el proceso penal”. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá, 1996, pág. 121.

19 BAYTELMAN. Ob. cit., pág. 251.



De lo anterior se desprende que el juicio oral consigue un máximo de control de la prueba: por el sujeto procesal contrario, por el juez y por todos los ciudadanos conforme al principio de publicidad²⁰.

3. La lectura del documento

La forma de introducir en el juicio oral las pruebas anticipadas será mediante la lectura de documentos u oralización (artículo 383, inciso 1, literal a).

Ello permite diferenciar entre la prueba anticipada y los simples actos de investigación que no serán leídos. A nuestro entender, la forma en que se efectúa la prueba anticipada, sobre todo cuando se cumplen todos sus requisitos (presencia del defensor o, en su defecto, del defensor de oficio) además de la intervención del juez, deberían suponer que tal prueba no debe dar lugar a debate contradictorio alguno, sino ser admitida con su lectura.

VI. FINALIDAD

Puede advertirse que la actuación anticipada de pruebas tiene un propósito fundamental que cumplir dentro del proceso y con relación al interés de los sujetos procesales que la emplean. Tal es impedir la indefensión del sujeto de que se trate, por razones ajenas a su voluntad, pese a existir prueba que le favorece.

Alfredo Jorge di Dorio, en dicho sentido, ha expresado: "En las pruebas anticipadas también se encuentra una finalidad cautelar, pues por las mismas se tiende a impedir que la acción del tiempo que demanda el proceso pueda afectar un bien jurídico como es el derecho de las partes de producir una prueba determinada"²¹.

De hecho, la posibilidad generada resulta favorable, puesto que en el nuevo modelo, el sujeto procesal que requiera anticipar una actuación de prueba tiene ahora el derecho y los procedimientos que le facultan a solicitar la diligencia correspondiente, conservando razonables garantías; pues si bien se sale de las cuatro paredes de la sala de enjuiciamiento, siempre será posible que en la actuación requerida se respete la inmediación y el contradictorio (oralidad), así como la concentración y la publicidad.

20 BAYTELMAN. Ob. cit., pág. 255.

21 DI DORIO, Alfredo Jorge. "Prueba anticipada". Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1970, pág. 17.



VII. FUNDAMENTO

Como bien puede advertirse del estudio de la prueba anticipada, la actuación de esta se pretende revestir de las mayores seguridades posibles, teniendo como orientación las que ocurren en el juicio oral común.

Por ende, el espíritu de la actuación anticipada de pruebas no pretende transgredir de ninguna manera la formalidad del juicio oral, y solo las circunstancias que materialmente se presentan, en función del medio de prueba y del tiempo, determinan las urgencias que pueden obligar a algunas renunciaciones al despliegue de seguridades.

En consecuencia, los mismos altos fundamentos, que delimitan al proceso penal y al juicio oral, son los que básicamente permiten el funcionamiento de la prueba anticipada sin mayor problema.

1. El principio de justicia

Con Gómez Colomer, puede advertirse que “las metas del proceso penal son varias y de similar importancia, aunque complejas: lograr la condena del culpable aplicando el llamado Derecho Penal material, garantizar la protección del inocente, evitando su condena y asegurando que tendrá el proceso debido, impedir cualquier forma de arbitrariedad en la actuación estatal, y llegar a una sentencia firme justa”²².

Así el debido proceso o proceso justo, orientado por el valor justicia y el principio de justicia, por contener el derecho a la prueba, se convierte en fundamento de la actuación anticipada de prueba, en cuanto aquella se orienta a generar justicia.

Por ello, con Bustamante Alarcón, se puede decir: “Siendo la justicia uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico político, que lo fundamenta, orienta y determina, a tal punto que su vigencia efectiva es un requisito indispensable para la legitimidad de un Estado de Derecho y la existencia de un Estado de justicia, y siendo el debido proceso el vehículo mediante el cual dicho valor se realiza en cada proceso o procedimiento, la elevación del debido proceso a la categoría de derecho fundamental no es más que la resultante obligada del imperativo de la justicia”²³.

22. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, “Estado de Derecho y policía judicial democrática”. En: *El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*. Palestra Editores. Lima, 1999, pág. 94.

23. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos fundamentales y proceso justo”. Ara Editores. Lima, 2001, pág. 234.



El principio de justicia, en tal consideración, obliga a que a los órganos del Estado se les impela a que “actúen con mayor justicia” o, en otra palabras, “que aquello que decidan, sea realmente justo”²⁴.

Otra consideración relevante a tener en cuenta también es que “ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos”, de ahí que toda la actividad probatoria debe estar encaminada a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva²⁵.

2. El principio de búsqueda de la verdad

Por otro lado, atar el proceso penal al debido proceso y a la realización de la justicia, pasa por no consentir que se declare como verdad una simple apariencia formal o una ilusión de la verdad, pues, citando a Jerome Frank, “ninguna decisión es justa si está fundada sobre una apreciación errada de los hechos”, desprendiéndose de ello que “toda la actividad probatoria debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva”²⁶. Ello conforme al principio de búsqueda de la verdad material²⁷.

Sin embargo, de lo dicho, se hace una salvedad, con la cual estamos de acuerdo: “No estamos diciendo que siempre se tiene que llegar a la verdad histórica o real, pues quizá ella nunca llegue a alcanzarse (...), sino que jamás se debe renunciar a alcanzarla”²⁸. ¿Cómo entendemos esto?

La manera razonable de entenderlo es que la verdad real debe ser el oriente de la actividad probatoria, de tal modo que cuando se vaya generando una convicción en la mente de quien imparte justicia y aquella se consolide en certeza, el magistrado tenga la tranquilidad de conciencia de que su expresión sobre los hechos—denomínese verdad legal o procesal, verdad formal o jurídica objetiva o del modo que se denomine— se aproximó lo más posible a la verdad histórica.

Tal verdad declarada judicialmente, a results del suceso acontecido, pasará entonces a constituir una síntesis formalizada de la verdad histórica o concreta, que recogerá, como debe de ser, el núcleo de lo perti-

24 BUSTAMANTE. Ob. cit., pág. 282.

25 SAÉZ GONZÁLES. “El acta del juicio oral en el proceso penal”. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1997, págs. 161 y sgtes.

26 BUSTAMANTE ALARCÓN. Ob. cit., pág. 282.

27 GARCÍA VALENCIA. Ob. cit., pág. 80.

28 *Ibid.*, pág. 284.

nente y relevante para el Derecho Penal; por eso mismo, constituirá un resumen de aquella, un retrato en el cual la verdad histórica bien podrá reconocerse y, por ello, una orientación legítima por revestirse de verdad y de justicia.

VIII. EL FISCAL Y LA PRUEBA ANTICIPADA

Aparentemente sería verdad, como se ha expresado, que la prueba anticipada parece preparada para el Ministerio Público y, aunque ello pudiera ser interpretada como un desbalance en favor de tal entidad y en perjuicio del justiciable, ello no es exacto, según pasaremos a ver.

1. Carga de la prueba

Con relación al imputado del delito, debe referirse que el fiscal, por imperio de la ley, tiene el deber de la carga de la prueba (artículo IV, inciso I, del Título Preliminar), mientras que a favor del imputado funciona el principio de inocencia (artículo II, inciso 1 del Título Preliminar). Por eso, originalmente, el punto de partida, según se ha edificado el sistema, le impone al fiscal: “Construir jurídicamente la culpabilidad de los imputados, respetando la Constitución y las normas supranacionales”²⁹.

Por ende, a partir del reconocimiento de dicha tarea, cuyo cumplimiento no es sencillo, resulta lógico que existan normas propicias para que el fiscal cumpla con las cargas que se le imponen. Por su lado, a la defensa no se le impone probar nada, siendo ello un motivo para explicar la direccionalidad de la norma.

2. Indagación del descargo

Si bien el inculpado no está obligado a demostrar su inocencia en el proceso penal, el fiscal sí está sometido, también por imperio de la ley, a indagar el descargo del mismo (artículo IV, inciso 2 del Título Preliminar). Por tal razón se dice que el fiscal, en la investigación preparatoria, está sometido al principio de la investigación integral³⁰.

Estando sometido a tal principio, no resulta que sea de temer la actuación del fiscal, sometido como está a los principios de objetividad e imparcialidad, obligado también a la búsqueda de la verdad.

29 CÁCERES J. Ob. cit., pág. 50.

30 GARCÍA VALENCIA. Ob. cit., pág. 60.



Si bien la prueba anticipada se ofrece para que el sujeto favorecido por la prueba haga uso de ella, puede entenderse que el Ministerio Público podría excepcionalmente hacer uso de aquella en beneficio del imputado, cuando aquel no haya podido ser notificado o informado de una diligencia urgente. Tal podría ser el caso de testimonios contrarios emitidos por testigos extranjeros en inminente partida.

No podría comprenderse que, en tal caso, el fiscal solo recogiera testimonios favorables a su futura pretensión, pese a que le conste que la defensa del inculpado no pudo ser notificada y que había también testimonios favorables a aquel. Recoger ambas versiones es coherente con los principios a que se encuentra sometido el fiscal.

3. Correlación con la teoría del caso

Si bien la investigación preparatoria constituye una instancia natural de averiguación y no de verificación de lo que se ofrece como verdad³¹, lo cierto es que, a partir de ciertas coincidencias, análisis y deducciones, en algún momento de aquella, el fiscal bien podría adelantar que conseguirá encuadrar el caso.

Ahora bien, ocurra ello muy tempranamente o como una adquisición posterior, signo de madurez del *iter* de la investigación, la sola expresión de requerir prueba anticipada constituirá la revelación de que el fiscal, de algún modo, armará el caso. No sería lógico ni razonable que se anticipe la actuación de pruebas, solo como una estrategia de presión contra el inculpado. Tal no es el sentido de dicha actividad.

Otra consideración es que el Ministerio Público, en la labor funcional, quedará muy vinculado a tratar de conseguir pruebas anticipadas, puesto que, en muchos casos, del temprano aseguramiento de aquellas, dependerá que prospere realmente el caso.

En tal sentido, al Ministerio Público le corresponde efectuar un importante trabajo *ex ante* con la Policía sobre este tema, pues la inmediatez de la actividad policial, luego de la denuncia de los delitos o ante la flagrancia delictiva, constituirá una actividad privilegiada, en lo temporal, que podría aprovecharse mucho si los integrantes de los grupos de trabajo policial estuvieran en condiciones de diagnosticar la necesidad

31 SENTIS MELENDO, Santiago. "La prueba". Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1979, págs. 55 y sgtes.



categoría de anticipar pruebas, y la transmitieran con la debida celeridad para la calificación del fiscal que corresponda.

Cierto es que igualmente deberá coordinarse muy bien con los jueces de la investigación preparatoria, pues su participación resulta imprescindible para la obtención válida de estas pruebas.

IX. CONCLUSIONES

Si bien la prueba anticipada constituye una excepción a la actuación probatoria que debe efectuarse normalmente durante el juicio oral, también puede verificarse que la actuación de la misma trata de ser lo más fiel posible a la legitimidad que otorgan las garantías que exhibe dicha fase.

La investigación preparatoria resulta ser el espacio donde deberá efectuarse este tipo de prueba que, a su vez, reclama la actuación debidamente coordinada de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, debiéndose destacar que si bien constituye una diligencia que se realiza en la fase de investigación dirigida por el Ministerio Público, la dirección de tal diligencia se encuentra absolutamente subordinada a la actividad jurisdiccional.

TÍTULO V^{*)}
LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

() De conformidad con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, se dispone la entrada en vigencia a nivel nacional del presente Título V. La citada Ley vigente a partir del 19-12-2013.*

Artículo 247. Personas destinatarias de las medidas de protección

1. *Las medidas de protección previstas en este Título son aplicables a quienes en calidad de testigos, peritos, agraviados o colaboradores intervengan en los procesos penales.*
2. *Para que sean de aplicación las medidas de protección será necesario que el Fiscal durante la investigación preparatoria o el Juez aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.*

Artículo 248. Medidas de protección

1. *El Fiscal o el Juez, según el caso, apreciadas las circunstancias previstas en el artículo anterior, de oficio o a instancia de las partes, adoptará según el grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservarla identidad del protegido, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asista al imputado.*
2. *Las medidas de protección que pueden adoptarse son las siguientes:*
 - a) *Protección policial.*
 - b) *Cambio de residencia.*
 - c) *Ocultación de su paradero.*
 - d) *Reserva de su identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.*
 - e) *Utilización de cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen..*
 - f) *Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario.*
 - g) *Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencias u otros adecuados, siempre que se cuenten con los recursos necesarios para su implementación. Esta medida se adoptará para evitar que se ponga en peligro la seguridad del protegido una vez desvelada su identidad y siempre que lo requiera la preservación del derecho de defensa de las partes.*



"h) Siempre que exista grave e inminente riesgo para la vida, integridad física o libertad del protegido o la de sus familiares y no pueda salvaguardarse estos bienes jurídicos de otro modo, se podrá facilitar su salida del país con una calidad migratoria que les permita residir temporalmente o realizar actividades laborales en el extranjero".^(*)

(*) Literal incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013.

Artículo 249. Medidas adicionales

- 1. La Fiscalía y la Policía encargada cuidarán de evitar que a los agraviados, testigos, peritos y colaboradores objeto de protección se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar dicho material y devuelto inmediatamente a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los protegidos de forma tal que pudieran ser identificados. Se les facilitará, asimismo, traslados en vehículos adecuados para las diligencias y un ambiente reservado para su exclusivo uso, convenientemente custodiado, cuando sea del caso permanecer en las dependencias judiciales para su declaración.**
- 2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso, siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este Título, la continuación de las medidas de protección.^(*)**

(*) Numeral modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013, cuyo texto es el siguiente:

- "2. El Fiscal decidirá si, una vez finalizado el proceso siempre que estime que se mantiene la circunstancia de peligro grave prevista en este título, la continuación de las medidas de protección, con excepción de la reserva de identidad del denunciante, la que mantendrá dicho carácter en el caso de organizaciones criminales".**
- 3. En casos excepcionales, el Juez a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de una nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo.**

Artículo 250. Variabilidad de las medidas

- 1. El órgano judicial competente para el juicio se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección adoptadas por el Fiscal o el Juez durante las etapas de Investigación Preparatoria o Intermedia, así como si proceden otras nuevas.**
- 2. Si cualquiera de las partes solicita motivadamente, antes del inicio del juicio oral o para la actuación de una prueba anticipada referi-**

da al protegido, el conocimiento de su identidad, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el órgano jurisdiccional en el mismo auto que declare la pertinencia de la prueba propuesta, y si resulta indispensable para el ejercicio del derecho de defensa, podrá facilitar el nombre y los apellidos de los protegidos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en este Título.

3. *Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes podrán proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio.*

Artículo 251. Reexamen e Impugnaciones

1. *Contra la disposición del Fiscal que ordena una medida de protección, procede que el afectado recurra al Juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia.*
2. *Contra las resoluciones referidas a las medidas de protección procede recurso de apelación con efecto devolutivo.*

Artículo 252. Programa de protección

El Poder Ejecutivo, previo informe de la Fiscalía de la Nación y del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, reglamentará los alcances de este Título. Asimismo, en coordinación con la Fiscalía de la Nación, definirá el Programa de Protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia.

CONCORDANCIAS: R. N° 729-2006-MP-FN (Reglamentos elaborados por la Comisión Interna de Reglamentación, Directivas y demás normas de adecuación al Nuevo Código Procesal Penal)

D.S. N° 003-2010-JUS (Aprueban Reglamento del Programa Integral de Protección a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en el proceso penal)

COMENTARIO:

MEDIDAS DE PROTECCIÓN*

ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA**

En muchas ocasiones, los testigos, peritos o cualesquiera colaboradores de la justicia, pueden mostrarse reticentes a declarar ante la autoridad.

* *Tomado del artículo: Estudio introductorio sobre la prueba en el nuevo Código Procesal Penal.*

** *Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, asociado del estudio Larriou & Larriou Abogados, miembro del INCIPP, profesor en la Academia de la Magistratura.*

Esto puede deberse a muchas razones, pasando desde "el temor de sufrir represalias por parte de los imputados o de personas u organizaciones afines a ellos"¹, hasta el soborno por parte de los mismos. En tales circunstancias, la actividad probatoria pelagra.

El Estado adopta medidas con las que se protege la eficacia de la prueba en situación de riesgo, tratando de realizar así el objeto del proceso penal, que es la búsqueda de la verdad.

Con estas medidas se busca poner a salvo a testigos, peritos, agraviados o colaboradores ante un peligro considerable. Este peligro grave recae sobre la persona, la libertad o bienes de quien se pretenda amparar en ellas, su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos (247).

Existen dos clases de medidas de protección: las generales y las especiales, las que varían según la clase de testigo al cual se protege. El Juez o el Fiscal, según corresponda, adoptará, aun de oficio, de acuerdo al grado de peligro, cualquiera de las siguientes medidas de seguridad (248):

- a) Medidas generales de protección. Se dan desde el inicio del proceso penal hasta la finalización del juicio. Podrán consistir en la sustitución de la identidad y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, entre otros.
- b) Medidas especiales de protección. El derecho cautelar especial se refiere a la situación del testigo dentro del proceso, es decir, durante la audiencia ante el tribunal donde cumple su función de órgano de prueba. Estas vendrían a ser medidas especiales de protección. Estas medidas no se aplican siempre en todos los países, porque, como dice Mario Rudi, están "disconformes con esa opinión permisiva, y para despejar cuál es el rango de hermetismo legalmente permitido en el asunto, es prudente hacer un deslinde entre las circunscripciones del testimonio a puertas cerradas, del testimonio por video, del testimonio por oídas y del testimonio anónimo"². Tales medidas son las citadas por Rudi, a la que podemos agregar el testimonio por videoconferencia, que admite nuestro nuevo Código.

Este mismo Código prevé las siguientes medidas de protección:

1. Protección Policial: Se designa personal policial permanente en el domicilio del beneficiado y en sus desplazamientos cotidianos. También puede incluir el cambio de residencia a un lugar no cono-

1 SOLÉ RIERA, Jaime. "La tutela de la víctima en el proceso penal". Barcelona, 1997, pág. 109.
 2 RUDI, Daniel Mario. "Protección de testigos y proceso penal", pág. 116.



cido, el traslado del protegido a un local o vivienda especial y, de modo general, la ocultación de su paradero para todos los efectos (artículos 248.a, del Código y 9.a del Reglamento de Medidas de Protección de Colaboradores, Víctimas, Testigos y Peritos).

2. Cambio de residencia. Se otorga cuando el colaborador es amenazado en razón de su ubicabilidad domiciliaria (248. b).
3. Ocultación de paradero. Se dispone no revelar el paradero del beneficiado con esta medida. Por las mismas razones que la anterior (248. c).
4. Reserva de identidad y demás datos personales en las diligencias que se practiquen, y cualquier otro dato que pueda servir para su identificación, pudiéndose utilizar, a fin de individualizar al sujeto, un número o cualquier otra clave³ (248.d; artículos 22.2 de la Ley 27378 y 9. b de su Reglamento). Debido a que el simple testimonio no prueba nada si no está corroborado con otras pruebas, no peligra el principio de contradicción.
5. Utilización de cualquier procedimiento que posibilite su identificación visual normal en las diligencias que se practiquen (248. e; y artículos 22.3 de la Ley 27378 y 9. c de su Reglamento). Siempre ante el peligro de ser reconocidas por el acusado o cualquier alegato suyo, y de sufrir una ulterior represalia, pero, además, se prevé el no reconocimiento por parte de los medios de prensa, con los mismos fines.
6. Fijación como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía competente, a la cual se las hará llegar reservadamente a su destinatario (248. f; y artículos 22.4 de la Ley 27387 y 9. e de su Reglamento).
7. Utilización de procedimientos tecnológicos, tales como videoconferencia u otros adecuados, cuando peligre el declarante y se requiera preservar el derecho de defensa de las partes (248. g, y artículo 9.d del Reglamento de la Ley 27378). Estas medidas se adoptarán para evitar que se ponga en peligro la seguridad del

3 El Código chileno también prevé la ocultación del domicilio del testigo, pero tratándose de su identidad solo se restringirá su conocimiento público, mas no ante el procesado. Ver HORVITZ LENNON, ob. cit., pág. 282. En cambio, en Alemania, con la declaración de ocultación de la identidad, el testimonio solo es incorporable al juicio oral mediante un testigo de referencia, ya no está disponible en el proceso; ver SCHLÜCHTER, ob. cit., pág. 125.



protegido, una vez desvelada su identidad y siempre que requiera la preservación del derecho de defensa de las partes en el proceso penal.

Las medidas adicionales son: a) Se evitará que los protegidos sean fotografiados o que de cualquier otro modo se le tome su imagen, procediendo al decomiso de las imágenes captadas, b) se les facilitará traslados en vehículos para las diligencias y un ambiente reservado para su uso exclusivo en las dependencias judiciales para su declaración, c) si el Fiscal estima que se mantiene el peligro grave, una vez finalizado el proceso, dispondrá la continuación de las medidas de protección, y d) excepcionalmente, el Juez, a pedido del Fiscal, podrá ordenar la emisión de documentos de nueva identificación y de medios económicos para cambiar su residencia o lugar de trabajo (249).

Existen otras disposiciones adicionales para los mismos sujetos en los procesos por el delito trata de personas: "El Estado directamente, o en coordinación con otros Estados, organismos no gubernamentales y sociedad civil, proporcionan a las víctimas, colaboradores, testigos, peritos y sus familiares directos o dependientes como mínimo: la repatriación segura; alojamiento transitorio; asistencia médica, psicológica, social, legal, y mecanismos de inserción social"⁴.

El Juez competente para el juicio se pronunciará sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o alguna de las medidas de protección adoptadas por el Fiscal o el Juez durante la investigación preparatoria o la etapa intermedia, así como si proceden o no otras nuevas (250.1).

Si alguna de las partes solicita motivadamente, antes del juicio oral o para actuar una prueba anticipada referida al protegido, el Juez evaluará la necesidad de otorgarlo. Ello no afecta garantías de protección (250.2).

Dentro del tercer día de la notificación de la identidad de los protegidos, las partes pueden proponer nuevas pruebas tendentes a acreditar alguna circunstancia que pueda incluir en el valor probatorio de su testimonio (250.3).

El afectado por una medida de protección dictada por el Fiscal, puede recurrir al Juez de la investigación preparatoria para que examine su procedencia (251.1). Suele suceder que el afectado por la medida de protección sea el acusado, puesto que se puede dificultar la tarea de su defensa; sin embargo, también puede ocurrir que lo sea el mismo sujeto sobre el que recae

4 Artículo 7 de la Ley N° 28950, Ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes, publicada el 16 de enero del 2006.



la medida, bien porque su alcance no le garantiza su protección o porque su aplicación es irrazonablemente excesiva, alterando innecesariamente su vida cotidiana.

Contra las resoluciones sobre medidas de protección, procede la apelación, con efecto devolutivo (251.2).

Las medidas de protección a los órganos de prueba también están desarrolladas en la legislación chilena, en los artículos 78.b, 308 y 322 de su Código. Ellos mencionan protección de testigos y de terceros involucrados, incluyendo, como nuestro Código, a peritos, colaboradores y agraviados.

El artículo 252 del NCPP está dirigido a los órganos estatales directamente, y en especial al Ejecutivo. Ordena reglamentar los alcances del título referido a las medidas de protección y definir el Programa de protección de agraviados, testigos, peritos y colaboradores de la justicia. Hay una norma reglamentaria, ya mencionada muchas veces, es la Ley N° 27378.



SECCIÓN III
LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 253. Principios y finalidad

1. *Los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados relativos a Derechos Humanos ratificados por el Perú, sólo podrán ser restringidos, en el marco del proceso penal, si la Ley lo permite y con las garantías previstas en ella.*
2. *La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción.*
3. *La restricción de un derecho fundamental sólo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario, para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.*

Artículo 254. Requisitos y trámite del auto judicial

1. *Las medidas que el Juez de la Investigación Preparatoria imponga en esos casos requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado. A los efectos del trámite rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203.*
2. *El auto judicial deberá contener, bajo sanción de nulidad:*
 - a) *La descripción sumaria del hecho, con la indicación de las normas legales que se consideren transgredidas.*
 - b) *La exposición de las específicas finalidades perseguidas y de los elementos de convicción que justifican en concreto la medida dispuesta, con cita de la norma procesal aplicable.*
 - c) *La fijación del término de duración de la medida, en los supuestos previstos por la Ley, y de los controles y garantías de su correcta ejecución.*

Artículo 255. Legitimación y variabilidad

1. *Las medidas establecidas en este Título, sin perjuicio de las reconocidas a la Policía y al Fiscal, sólo se impondrán por el Juez a solicitud del Fiscal, salvo el embargo y la ministración provisional de posesión que también podrá solicitar el actor civil. La solicitud indicará*



las razones en que se fundamenta el pedido y, cuando corresponda, acompañará los actos de investigación o elementos de convicción pertinentes.

2. *Los autos que se pronuncien sobre estas medidas son reformables, aun de oficio, cuando varíen los supuestos que motivaron su imposición o rechazo.*
3. *Salvo lo dispuesto respecto del embargo y de la ministración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al Juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien resolverá en el plazo de tres días, previa audiencia con citación de las partes.*

Artículo 256. Sustitución o acumulación

La infracción de una medida impuesta por el Juez, determinará, de oficio o a solicitud de la parte legitimada, la sustitución o la acumulación con otra medida más grave, teniendo en consideración la entidad, los motivos y las circunstancias de la transgresión, así como la entidad del delito imputado.

Artículo 257. Impugnación

1. *Los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas previstas en esta Sección son impugnables por el Ministerio Público y el imputado.*
2. *El actor civil y el tercero civil sólo podrán recurrir respecto de las medidas patrimoniales que afecten su derecho en orden a la reparación civil.*

Artículo 258. Intervención de los sujetos procesales

En el procedimiento de imposición de una medida prevista en esta sección seguido ante el Juez de la Investigación Preparatoria y en el procedimiento recursal, los demás sujetos procesales podrán intervenir presentando informes escritos o formulando cualquier requerimiento, luego de iniciado el trámite. Esta intervención procederá siempre que no peligre la finalidad de la medida.



COMENTARIO 1:

**JUSTIFICACIÓN Y PROCEDIMIENTO DE LAS MEDIDAS
COERCITIVAS**

Aproximación a nuestra actual y futura legislación

MARCO BARRETO GUZMÁN*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Es cierta aquella enseñanza de los viejos profesores que afirmaban que si deseábamos tener parámetros claros acerca de la democracia en nuestro país deberíamos revisar sus normas penales vigentes, es decir, que uno de los métodos más eficaces para verificar si en verdad estamos frente a un régimen democrático, o más bien frente a uno dictatorial agazapado, es estudiar con detenimiento qué conductas se encuentran penalmente prohibidas en el país y qué técnicas de tipificación se han utilizado en su diseño, a fin de comprobar si se cumplen con los niveles mínimos de garantía para un ciudadano lego.

Tenemos, sin embargo, un añadido que hacer a esta afirmación, en el sentido de que no solo debemos atender a las normas penales, sino también en el modo en que estas normas se aplican, se efectivizan y pasan de ser un dato abstracto a ser un referente óptico-normativo. Pues no podremos tener el referente exacto de nuestra democracia y de los niveles de libertad que el Estado nos otorga si no establecemos claramente si las prohibiciones plasmadas en la ley (llámese, normas penales) efectivamente se ejecutan.

A grandes rasgos, podemos identificar, por un lado, expresiones en el Derecho Penal que se vuelven de difícil aplicación en la realidad, surgiendo lo que se llama el Derecho Penal simbólico. Tenemos, por otro lado, lo que en doctrina se ha denominado la sobrecriminalización del Derecho Penal.

Ahora bien, aparentemente estos nuevos estamentos se erigen solo sobre los referentes del Derecho Penal sustantivo, pero a medida que nos acerquemos a su estudio repararemos que esta afirmación se encuentra alejada de la realidad y que, por el contrario, ambos fenómenos (Derecho Penal simbólico y sobrecriminalización) están en directa relación con el Derecho Procesal Penal¹.

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1 Esta reflexión suele encontrarse en los diversos estudios que sobre procedimientos penales se han escrito; el último que hemos podido tener a la vista es el de José María ASCENCIO MELLADO quien toma una reflexión de GOLDSCHMIDT bajo el siguiente tenor: "la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de



En efecto, una ley penal puede ser benigna o dura, en atención a los parámetros sociales de una comunidad en un momento determinado; pero el referente principal no es la dureza de la ley sino los mecanismos de perseguibilidad² para efectivizarla. Es decir, que no importa la conducta prohibida en el papel, sino la materialización de la prohibición en la realidad para calificar a un Derecho Penal de simbólico o de sobrecriminalizador.

Con estas breves líneas introductorias hemos pretendido aclarar el rol, para nada secundario, sino más bien protagónico, que tiene el Derecho Procesal Penal en el ordenamiento de un país con un sistema que se precia de cumplir con mínimos referentes de seguridad jurídica.

Tenemos la intención, con el presente estudio, de alcanzar tres finalidades, dejar en claro: i) que la justificación de alguna medida coercitiva debe seguir las reglas de necesidad y provisionalidad de forma unitaria respecto a las otras medidas previstas en el ordenamiento vigente; ii) que existen medidas que persiguen la misma finalidad, por lo tanto, algunas medidas son excluyentes respecto a otras en nuestro ordenamiento procesal; y iii) que existe en la nueva legislación procesal penal una serie de aciertos y desaciertos, conforme explicaremos en el tenor de este estudio.

Cabe resaltar que este breve análisis no sigue el método de los tratados que sobre el procedimiento penal se han escrito en el medio. No pretendemos abarcar en estas líneas las muchas aristas de las medidas coercitivas estudiadas por los profesores que nos preceden; queremos simplemente iniciar en algunos casos y reabrir en otros las discusiones sobre dicho tópico, omitiendo algunas posiciones que por obvias pueden ser exceptuadas de la discusión.

los elementos corporativos o autoritarios de su constitución”, véase “La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”: En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra. Coord. Víctor Cubas, Yolanda Doig y Fany Quispe. Lima, 2005, págs. 493 y sgtes.

- 2 Muy ilustrativo a este respecto el profesor Alberto BINDER en el prefacio de su libro “Introducción al Derecho procesal penal”. Ad Hoc, Buenos Aires, págs. 19-20, cuando afirma que “el gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del Derecho Penal o Procesal Penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera, del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filoso que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza”; tratando de esa manera de explicar que tanto el Derecho Penal como el Procesal Penal tienen fines garantistas en torno del ser humano, no en torno a sí mismos como ciencias jurídicas.



II. LAS REGLAS DE NECESIDAD Y PROVISIONALIDAD

Existe todavía un debate abierto respecto a si las medidas coercitivas son o no penas anticipadas o penas agazapadas sin sentencia judicial. Este debate contiene una carga anímica y dogmática adicional cuando la discusión gira en torno al mandato de detención, principalmente por dos razones: i) se trata de la medida coercitiva más grave en el plano abstracto dentro del sistema jurídico³ y ii) existe un enorme parecido (si no acaso identidad) entre la detención en el proceso y la sentencia que decide una pena privativa de libertad efectiva⁴.

Ese debate queda menguado si le agregamos cuotas adicionales a cualquiera de las medidas coercitivas, es decir, que si la discusión no es solo respecto al sujeto sino más bien de la sociedad, la pregunta que debemos hacernos no ha de ser ¿es justo anticipar una pena al sujeto?⁵, sino más bien ¿es necesario asegurar la muy probable pena futura al individuo?

Debemos entender que las reglas no son las de la justicia sino las de necesidad; entonces, no debemos preguntarnos ¿es justo imponer una medida antes de la sentencia?, pues obviamente nunca estaremos de acuerdo con la respuesta. La pregunta correcta sería ¿es necesario imponer la mencionada medida?

La necesidad se encuentra establecida o surge sobre la base del riesgo⁶. Si existe un riesgo más allá del razonable surgido de la propia convivencia,

3 Nos referirnos a la detención como la forma más grave de coerción durante el proceso en el plano abstracto y no en el plano concreto por una razón: existen casos en donde el imputado puede preferir su detención al embargo de sus bienes. Ciertamente estos casos serán los menos, pero es posible que si a una persona le dieran a escoger entre perder su libertad o su patrimonio prefiera lo primero. Existen casos, sin embargo, en donde la defensa de un detenido discute las condiciones patrimoniales de su representado con más ímpetu que la propia defensa de su libertad.

4 ZAFFARONI nos dice a este respecto que en el mandato de detención no estamos sino ante una pena anticipada. Se alinea con esta posición en nuestro medio, el profesor Roy Freyre.

5 La pregunta no puede girar en torno a la justicia, pues el debate jamás acabaría y el referente objetivo quedaría completamente de lado; aquí no rigen las reglas de la equidad, sino las de necesidad. El debate sobre la justicia, entendemos, se encuentra como tema de fondo en un proceso penal, la discusión preliminar dedicada a las medidas coercitivas debe estar guiada por el aseguramiento de la discusión final.

6 Autores como ODERIGO, Mario. "Derecho Procesal penal". II. Ideas. Buenos Aires, 1952, págs. 79 y sgtes., aseguran que el criterio del riesgo es el que motiva la imposición de una medida coercitiva, no solo contra el inculcado sino también respecto testigos o testigos peritos.

y este riesgo nace a raíz de un indicio durante la investigación que permita sospechar que el investigado puede eludir la acción penal o evadir uno de los dos fines del proceso penal (la eventual pena y la también eventual reparación civil⁷), entonces se hace necesaria la imposición de una medida coercitiva, llamada también cautelar o aseguradora, precisamente para que la sociedad tenga conocimiento que las disposiciones finales en el procedimiento penal se cumplen.

Siempre que exista un indicio positivo de eludir la acción de la justicia será posible observar y aplicar la regla de necesidad, pero es la regla de necesidad de cara a la sociedad la que se hace presente⁸, es decir, no puede haber Derecho Penal sin normas que aseguren que sus finalidades últimas se cumplirán; sería un gasto de esfuerzo absolutamente innecesario si al finalizar el proceso penal el imputado, por ejemplo, se encuentra en otro país y sus bienes han sido transferidos a terceros.

Por otro lado, sería emanación del terror penal absoluto si un procesado respetuoso de las normas se viera inútilmente reducido en su libertad física y de disposición patrimonial, pese a que todos los indicios apuntan al cumplimiento de las disposiciones judiciales que se dispongan a lo largo de su proceso.

Con esto queremos dejar en claro un primer punto: para que se le imponga a una persona alguna de las medidas coercitivas previstas en

7 Es absolutamente cierto que “La ley procesal penal contiene reglas cuyo fin es realizar el Derecho civil que regula la responsabilidad reparatoria proveniente de un delito del Derecho Penal. Por ello, se puede decir que en alguna medida el Derecho Procesal Penal tiene también por meta (accesoria o secundaria) realizar el Derecho Civil ex delito, efectivamente cuando se ejerce la acción civil reparatoria se aplica por esta vía normas del Derecho Civil y consecuencias jurídico civiles, por más que las reglas relativas a ello deban ser calificadas, en purismo, como normas de Derecho procesal civil injertadas en al ley procesal penal” *vide* MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal”. I. Editores del puerto. Buenos Aires, 1996, pág. 178.

8 Existe la discusión en estos días respecto a qué fin cumple la pena; ha llegado a ser tan polémico dicho debate, que incluso algunos tratadistas tienen como punto de distinción entre doctrinas, precisamente la tendencia a la que se adscriben. En ese orden de ideas se encuentran, entre otras, a las teorías absolutas y las relativas sobre la base de la prevención y dentro de estas últimas tenemos a las tendencias preventivo-especiales como contraposición de las preventivo-generales. La última tendencia históricamente hablando es la posición de la prevención general positiva, en donde la pena sería útil en tanto refuerza la posición ciudadana que el sistema efectivamente funciona, y si alguno de los integrantes de la comunidad lesiona ese funcionamiento debe ser castigado; sobre todo por necesidades sociales, para demostrar a los demás miembros que no deben delinquir y tengan confianza en el diseño normativo de su comunidad.

nuestro ordenamiento, es necesario contar con un indicio positivo respecto al riesgo actual de impedir que alguno de los fines del proceso se haga efectivo.

Un derivado de esta primera conclusión es el enunciado que sigue: no importa que tan graves sean los cargos, si no existe un riesgo derivado de la conducta del propio imputado, no debería ser posible aplicarle medida coercitiva alguna.

El siguiente análisis se dirige a determinar la magnitud del riesgo estimable para conocer la medida a imponer, pues la necesidad de asegurar a una persona o a sus bienes al proceso penal es también ponderable y, por lo tanto, ponderable será el nivel de intervención en la esfera de sus libertades.

Existen actualmente una variedad de alternativas, conforme a los artículos vigentes del CPP de 1991 (Decreto Legislativo N° 638). Entre las medidas que restringen la libertad ambulatoria tenemos básicamente tres: i) la comparecencia simple; ii) la comparecencia con restricciones (una gama completa de restricciones) y iii) la detención.

Obviamente el indicio sobre riesgos no existirá en la comparecencia simple, pero sí en las otras medidas. La comparecencia con restricciones nos ofrece, además, una gama de alternativas en atención a la magnitud del riesgo; tenemos, en ese orden de ideas, diferentes cargas al tipo de vida del procesado, que van desde la prestación de una caución económica —si la puede pagar—, hasta la más grave que es la detención domiciliaria.

Cuando revisamos un auto que da inicio a un procedimiento judicial en la vía penal (el llamado auto de apertura o mal llamado apertorio), nos daremos cuenta que los jueces, en el caso de la comparecencia con restricciones, muchas veces sin justificar la medida, imponen una serie de cargas: dos o tres variables del artículo 143 del CPP de 1991, en el mejor de los casos, con una sola justificación respecto a la necesidad; por ejemplo:

“Se dispone abrir investigación contra XXX con mandato de comparecencia, debiendo cumplir las siguientes reglas de conducta: i) no ausentarse de la localidad en que reside; ii) no concurrir a lugares de dudosa reputación; iii) presentarse al local del juzgado cada 30 días y iv) prestar una caución económica”.

Gran peligro vemos en este caso y en cada uno de los procesos en los que este grave error se comete; peor aún, en el entendido que estadísticamente son la gran mayoría. Pese a todo, el error de la falta de fundamentación en las reglas de conducta derivadas de la comparecencia con restricció-

nes debió haber sido superado con los cambios legislativos, específicamente luego de la dación de la Ley N° 28117 de diciembre de 2003⁹.

El actual razonamiento, el correcto a nuestro entender, es que el riesgo, con diferentes magnitudes, justifica la imposición de una medida grave o leve, pero que debe ser necesariamente solo una (bajo el razonamiento que reza: “un indicio de riesgo, una medida aseguradora”). A menos que existan riesgos distintos, de diferente naturaleza; solo en este caso podríamos hablar de reglas de conducta adicionales. Es más, existen reglas de conducta que justifican la no imposición de otras, por ejemplo, el impedimento de salida del país –además de limitar el tránsito– asegura suficientemente la asistencia del inculpado al proceso, por lo que una medida adicional carece de sentido, salvo variables adicionales que repercutan en riesgos adicionales que no son cubiertos por la medida escogida.

Por otro lado, no entendemos cuál es el riesgo que justifica imposiciones como la “prohibición de frecuentar lugares de dudosa reputación”. Estamos plenamente de acuerdo con la prohibición cuando el lugar que se frecuenta tiene directa relación con el delito, con los efectos o las consecuencias de este, pues en dichos supuestos acarrea un riesgo la asistencia del procesado al referido lugar.

Pero creemos que extender la prohibición a lugares de dudosa reputación es una afirmación ciertamente difusa y que recorta además cuotas de libertad al ser humano de forma inadecuada, al no establecer claramente el límite entre lo permitido y lo prohibido, pues finalmente nadie podrá decir con absoluta certeza qué lugares son y que otros no son de dudosa reputación, por lo que creemos que esta interpretación hecha al extremo pertinente del párrafo tercero del artículo 143 del Código Procesal de 1991¹⁰ debe ser dejada de lado.

Con todo esto tenemos ya una segunda afirmación derivada del tema que tratamos: “Cada una de las medidas coercitivas, incluso las reglas de conducta derivadas de la comparecencia con restricciones, deben ser fundamentadas en atención al peligro que genera su no imposición; la justificación en torno a la existencia del peligro es necesaria respecto de cada una de estas medidas individualmente consideradas”.

9 Con esta ley, el mandato dirigido al juez es preciso y no deja lugar a dudas; desde fines del 2003 deberíamos entonces entender que para viabilizar una medida coercitiva “el auto será motivado y contendrá en forma precisa (...) la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real”.

10 El mismo comentario se aplica para el párrafo segundo del artículo 288 del nuevo Código Procesal Penal.



La regla de la necesidad tiene un correlativo temporal, y es que los riesgos en la mayoría de los casos son temporales; en ese orden de ideas, la única forma de variar una medida o levantar una regla impuesta sobre un sujeto es verificando que el riesgo que la hizo necesaria ha desaparecido. Por ejemplo:

A X se le impone la prohibición de frecuentar a Y, fundamentándose la resolución en el riesgo de influencia que puede ejercer X sobre Y o viceversa. Entonces, una vez que Y rinda su declaración a nivel judicial con las garantías suficientes, ya no tendrá objeto mantener la referida prohibición, con lo que el levantamiento de esa medida podría decidirse incluso de oficio.

Absolutamente todas las medidas cautelares deben imponerse para que el proceso penal cumpla sus objetivos: la eventual pena y su correlativa reparación civil. Las medidas coercitivas se imponen cuando existe un riesgo suficiente para entender que es previsible que alguno de sus objetivos no se va a cumplir, y su carga más gravosa se fija en atención al grado del riesgo respecto a la posibilidad de incumplimiento del objetivo. Así pues, más grave será la medida cautelar que pese sobre el inculpado cuando existan mayores indicios de que puede evadirse alguna de las finalidades del proceso.

Esta afirmación es aplicable a todas las medidas cautelares, sean personales o reales. Se impondrá así comparecencia con restricciones o detención en atención a los mayores indicios que el imputado haya evidenciado de evadirse de la coerción penal. Siguiendo este orden de ideas, también se debe imponer las medidas cautelares reales en atención a la mayor o menor carga indiciaria que permita prever que el imputado dificultará la ubicación de sus bienes ante la siempre eventual reparación civil¹¹.

La temporalidad es un factor indesligable del riesgo, así como la provisionalidad lo es de la necesidad; por tanto, si una medida cautelar se impone en atención a un riesgo temporal, dicha medida debe durar cuanto dure el riesgo que le dio origen. Esta es la tercera regla a la que arribamos en el presente estudio.

Hasta el momento, las directrices que presentamos parecen básicas, sin embargo, a medida que nos asomemos a la realidad, nos daremos cuen-

11 Podría sostenerse que esto no es del todo cierto, pues la medida que prácticamente casi de forma exclusiva se impone en el proceso penal es el embargo; sin embargo, las diferentes formas de embargo y la posibilidad de imposición de una de estas, hace posible la ponderación en lo que a riesgos corresponde. Podría imponerse a una persona un embargo de forma de inscripción y de ser mayor el riesgo podría eventualmente someter sus bienes a un embargo de forma de secuestro conservativo, etc.



ta que en la administración de justicia todos estos criterios orientadores parecen simplemente desconocidos. Es más, en los autos mediante los que se inicia instrucción no se deja constancia de las valoraciones realizadas por el juzgador para imponer una lista de restricciones, las cuales quedarían, a juzgar por las apariencias, al completo albedrío de quien administra justicia. Con esto no queremos dejar constancia respecto a nuestro rechazo a las medidas coercitivas, pero sí a la imposición de medidas no justificadas.

Ahora bien, si bien hemos reconocido (sobre este punto no hay discusión) que la regla para justificar una medida coercitiva gira en torno al riesgo y que este riesgo justificador de la medida es temporal, también debemos señalar que esta temporalidad se puede dar de dos formas: i) respecto a una condición perfectamente determinable en el tiempo (por ejemplo, el caso de la prohibición de reunirse con determinadas personas hasta que ocurra la declaración de ambos) o ii) establecer la justificación de la medida sobre la base de un riesgo cuya desaparición se dará en un plazo indeterminado; obviamente esto último sucederá en la mayoría de los casos.

Entre los presupuestos de la medida de detención (correctamente imputada) encontramos dos riesgos que deben presentarse de forma alternativa: i) el riesgo de evasión de la acción de la justicia y ii) el riesgo de ocultamiento de pruebas o fuentes de prueba que permitan aproximarse a la verdad de los acontecimientos. Pero estos riesgos no se refieren a hechos determinados, sino que se dirigen más bien al estado de las cosas sobre la base de circunstancias; estado que puede cambiar en algún momento, pero no sabemos cuándo. Las circunstancias que motivan la detención pueden variar, pero obviamente no tenemos la hora y fecha exacta en que ello sucederá: la detención es una circunstancia que solo puede modificarse de acuerdo a cómo se presentan los hechos luego de imputada¹².

Damos un ejemplo para mejor entender: X es investigado por la comisión del delito de robo. Luego de no haberse presentado a la investigación se le ini-

12 Uno de los puntos más importantes y rescatables de nuestra reciente legislación es la necesidad que la medida coercitiva sea solicitada por el Ministerio Público. La crítica sobre un criterio distinto aún se mantiene en países como Argentina en donde BOVINO, Alberto. "Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo". Editores del Puerto. Buenos Aires, 1998, págs. 24-25, ha opinado que "El ejercicio de la acción penal pertenece exclusivamente al Ministerio Público. Decidir acerca de la necesidad de que se imponga una medida de coerción que, por otra parte, inicia formalmente la persecución en la mayoría de los casos, es una tarea que solo puede corresponder al titular de la acción penal y no al tribunal".



cia instrucción con mandato de detención. El juez motiva su resolución sobre la base de los requisitos concurrentes para dicho mandato, entendiendo que existe un riesgo para los fines del proceso, pues el sujeto es inubicable y podría desaparecer los efectos del robo (los bienes que robó). Al enterarse X que existe esta decisión en su contra, decide presentarse a la autoridad y entregar los bienes robados con lo que demuestra claramente que el riesgo previsto por la judicatura se ha desvanecido. Claro está, esta afirmación admite matices (tiempo entre el mandato de detención y la entrega, circunstancias de la entrega, etc).

Con esto queremos dejar claro que la judicatura, en la mayoría de los casos, no se encuentra en la posibilidad de saber el momento en el que la circunstancia de riesgo que motiva la restricción cesará. Por lo tanto, la regla de provisionalidad rara vez estará completamente cerrada en una fecha específica; se cerrará (seguimos en la generalidad) por el cambio de circunstancias posteriores a la emisión del auto que dicta las medidas coercitivas. Esta será a nuestro entender la cuarta regla de obligatoria observancia en la imposición de las medidas provisionales.

El legislador del 2004 parece entenderlo así, dejando constancia de eso en el tercer párrafo del artículo 253 del nuevo Código Procesal Penal¹³. Creemos, sin embargo, que, luego de este gran acierto, nuestro legislador se equivoca cuando, entre los requisitos cuya inobservancia se sanciona con nulidad coloca a “la fijación del término de duración de la medida” (literal c del segundo párrafo del artículo 254 del CPP de 2004), los cuales son los menos; creemos que bastaba con los dos primeros requisitos esbozados en el párrafo segundo del artículo 254 del CPP de 2004.

Con todo lo dicho hasta aquí tenemos, a nuestro entender, bien definidas solamente algunas de las reglas derivadas del análisis funcional de las normas que rigen nuestro procedimiento penal en lo que a imposición de medidas coercitivas concierne. Creemos que la inobservancia de una de estas reglas acarrea la posibilidad suficiente de apelar la medida cautelar en contra del inculcado con expectativas bastante razonables.

III. BREVES OBSERVACIONES AL PROCEDIMIENTO

El CPP de 2004 regula al detalle el tema que tratamos y, si bien aceptamos el avance que esta nueva regulación trae consigo, debemos también hacer varias observaciones que nos parecen de importancia.

13 El tercer párrafo dice que “la restricción de un derecho fundamental solo tendrá lugar cuando fuere indispensable, en la medida y por el tiempo estrictamente necesario(...)”.



Una de las primeras cuestiones que nos llama la atención de esta nueva legislación es el párrafo tercero del artículo 253 del CPP de 2004, el mismo que en su parte final prevé que la restricción de un derecho fundamental tendrá lugar también para evitar el peligro de reiteración delictiva. Esto, que a la primera lectura, suena a prevención de delitos, a nuestro entender, más bien abriría la posibilidad de otorgar al juzgador un criterio agazapado de medida predelictual.

Es decir, que de esta manera, el juzgador podrá evitar la comisión de futuros delitos por parte del inculpado, lo cual nos parece francamente atentatorio al principio de presunción de inocencia como garantía jurisdiccional y como derecho fundamental. La pregunta es: si aún no se me encuentra responsable de delito alguno, ¿cómo puede limitármese para que no cometa más delitos? Con este criterio se está partiendo de entender obviamente que, en efecto, cometí el delito por el que se me instruye; posición que verdaderamente no resiste el menor análisis. Cualquier resolución que esté motivada en ese sentido debe ser revocada por la judicatura por ser contraria al principio reconocido por la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal e.

Por otro lado, uno de los cambios más importantes de nuestra nueva legislación es la prevista en el artículo 255 del CPP de 2004 que solamente habilita al actor civil¹⁴ a pedir (justificando la solicitud) dos medidas cautelares, que guardan perfecta relación con el rol que cumple dicho sujeto al interior del proceso: i) el embargo (entendemos que en sus diferentes variables) y ii) la ministración provisional.

Saludamos la medida por parecernos correcta; sin embargo, la exigencia al actor civil de otorgar una contracautela, tal como estipula el párrafo segundo del artículo 303 del CPP de 2004, es ciertamente un criterio inadecuado; en el entendido que muchas veces, al menos en los delitos contra el patrimonio, la comisión del delito puede haber perjudicado al agraviado a tal punto que podría haber devenido en la insolvencia. En ese orden de ideas, nos preguntamos ¿cómo pedirle a la supuesta víctima que asegure el bien embargado? Más difícil aún se plantea el caso de un delito contra el honor: ¿cómo pedir al ofendido que otorgue una contracautela para asegurar el embargo de quien supuestamente lo ofendió? Creemos que la contracautela, en el procedimiento penal, debe ser dejada de lado.

Una de las cuestiones respecto al tema que estudiamos, que parece no haberse entendido aún, es que, desde hace algún tiempo, las medidas caute-

14 El nuevo Código ha variado la denominación de parte civil por la de actor civil, sin modificar la posición de dicho sujeto en el proceso.



lares o coercitivas ya no son exclusividad de un proceso, esto es, ya no son “intraproceso”, al menos en el ámbito penal¹⁵. Fundamentales resultan, en el CPP de 2004, las medidas que pueden llevarse a cabo con anterioridad al inicio del proceso. Es cierto que esta no es una innovación en nuestra nueva legislación, pues dicha posibilidad ya se encontraba prevista, de forma limitada, en la Ley N° 27379 del 21/12/2000¹⁶; sin embargo, el gran mérito de la nueva regulación es el haber extendido el ámbito de aplicación a la casi totalidad de delitos y con mayor diversidad de medidas, lo cual permite al investigador escoger la adecuada (siempre de cara a los principios de necesidad, proporcionalidad y provisionalidad que explicáramos en las primeras líneas de este estudio).

Dudosa resulta la redacción realizada por nuestro legislador en el tercer párrafo del artículo 255 del CPP de 2004, en donde otorga facultades al Ministerio Público y al imputado para solicitar la reforma, revocatoria o sustitución de una medida personal. La confusión podría venir respecto a las facultades para solicitar todo ello en las medidas de embargo y ministración provisional¹⁷. Nosotros creemos que sucede exactamente igual en las medidas personales que en las medidas reales, el Ministerio Público también tiene facultades para reemplazar o desaparecer estas medidas. Creemos que la “salvedad” con la que empieza el mencionado párrafo, debe ser obviada del nuevo cuerpo legislativo; nuestra posición parece ser avalada por el artículo 257 del referido texto¹⁸.

-
- 15 Con eso tratamos de explicar que la posibilidad de una medida cautelar fuera de proceso en el Derecho Penal es relativamente reciente, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento civil en donde desde hace mucho tiempo rige esta figura en la legislación.
- 16 A la ley que mencionamos se le denominó “Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares”; posteriormente se emitió otra ley que la complementaría, la Ley N° 27697 del 12/04/2002 denominada “Ley que otorga faculta al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional”. Ambas normas contemplaban medidas que limitaban derechos fundamentales, pero se establecieron para intervenir solamente en la investigación de determinados delitos.
- 17 Sostenemos que podría haber una confusión, pues la norma del nuevo texto empieza diciendo “Salvo lo dispuesto respecto del embargo y de la ministración provisional de posesión, corresponde al Ministerio Público y al imputado solicitar al juez la reforma, revocatoria o sustitución de las medidas de carácter personal, quien resolverá en el plazo de tres días (...)” Parecería que el Ministerio Público y el imputado no pudiesen solicitar reformas o variaciones en el embargo o ministración, lo cual es absolutamente erróneo.
- 18 El texto que mencionamos señala a secas que los autos que impongan, desestimen, reformen, sustituyan o acumulen las medidas previstas en esta sección son impugnables por el Ministerio Público y el imputado.



Un extremo que nos debe llamar la atención a todos es la eventual interpretación de la Constitución Política mas allá de los linderos de la literalidad (es decir, una “interpretación” que no es tal). Al menos eso creemos encontrar en el tercer párrafo del artículo 259 que regula la detención policial en caso de “falta flagrante”. Pues, la directriz constitucional indica que una persona solo puede ser detenida por mandato judicial o “flagrante delito”, y resulta que aquel no es ninguno de estos dos supuestos. Nuestro Código en ciernes habla de detención por “flagrante falta”, lo cual consideramos un absurdo en atención a la consideración ya expuesta.

Estamos seguros que gran polémica causará en nuestro medio el mecanismo escogido por el legislador para ordenar el cumplimiento de la detención, que puede ser telefónicamente o incluso por correo electrónico (párrafo tercero del artículo 361 del CPP de 2004). La norma deja una cláusula abierta en donde estipula que puede darse “por cualquier medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial”.

Pues bien, no entendemos de qué manera en nuestro medio un correo electrónico puede garantizar la veracidad de la comunicación; la misma crítica es válida respecto a una llamada telefónica. La tecnología ha avanzado tanto que, a nuestro parecer, uno de los pocos medios que cumplen con la exigencia de veracidad e inmediatez en la comunicación de la decisión judicial sería el facsímil, que por lo demás, las dependencias casi en su totalidad lo poseen. Felizmente, esta disposición es de carácter excepcional, con lo que la entrega física de la disposición en original seguirá siendo la regla, conforme viene sucediendo en la actualidad.

Novedosa nos parece la regulación de la prisión preventiva, que regula al detalle cada paso para la evaluación previa a su imposición. En principio, la norma parece señalar los mismos presupuestos concurrentes que tenemos en vigencia; sin embargo, los artículos siguientes nos señalan los criterios para establecer la entidad y la naturaleza de los peligros que motivan la necesidad de la imposición del mandato de detención. Los artículos 269 y 270 del CPP de 2004 contienen los presupuestos para motivar la detención sobre la base del riesgo.

Nuestra preocupación surge con la pregunta: ¿las listas de los aludidos artículos 269 y 270 son taxativas? Es decir, ¿no existe un extremo discrecional para que el juez considere que efectivamente existe peligro para motivar una detención? La respuesta parece ser no. Creemos, por ello, que en ambos artículos debió haberse dejado un extremo abierto, es decir, un párrafo que le otorgue mayores posibilidades discrecionales al juzgador.

Una de las maneras más censurables de legitimar aquello que no puede justificarse materialmente con argumentos jurídicos suficientes, es dictar una disposición legislativa que le dé la razón al régimen de turno. Existió hace unos años una fuerte polémica respecto al cómputo de los plazos de detención para aquellas personas que sufrieron cárcel durante procesos que luego fueron anulados, la polémica vino en punto a si se debía considerar dentro del cómputo para una nueva detención el plazo de detención sufrido durante el proceso anulado. Se entendió que la primera causa penal no tenía ningún efecto y que en consecuencia el nuevo auto que inicia el segundo proceso no tomaría en cuenta las medidas dispuestas con anterioridad.

Este criterio de interpretación le daba la espalda al principio de primacía de la realidad que, en este caso, entiende que debe computarse como plazo de detención el tiempo que una persona sufre tras las rejas, sin matices. No obstante todo esto, el parágrafo segundo y tercero del artículo 275 del CPP de 2004 legisla esta negación de la realidad que tanta polémica causó hace algunos años, creemos que se trata de una mala alternativa escogida por el legislador. Veamos por qué.

La justificación de la prescripción de la acción penal en el Derecho Penal gira en torno principalmente de la desidia en la Administración de Justicia y es que, según los tratadistas, el retardo –principal motivo de dilaciones indebidas– no debe recaer en perjuicio del procesado, es decir, que el paso del tiempo, producto del desgano en los diferentes estamentos del Poder Judicial, no debe repercutir de forma perjudicial en la situación del procesado que ninguna responsabilidad tiene de esto.

Exactamente, la misma justificación debe ser tomada en cuenta en el caso del cómputo de la prisión, porque la declaratoria de nulidad de un proceso significa que este (el primer proceso) ha sido incorrectamente llevado por la judicatura ¿por qué tiene esto que recaer en el procesado? Para terminar este punto nos preguntamos ¿por qué el procesado tiene que pagar con su libertad las consecuencias de un juicio mal llevado? Es una de las preguntas que quedará en el tintero.

La estructura que escogió el legislador en la sección que tratamos, hace que surjan algunas preguntas respecto a la imposición de las medidas coercitivas. Nos referimos a que actualmente el impedimento de salida del país es una de las cargas que encontramos dentro de la comparecencia con restricciones. En el nuevo cuerpo legislativo esto ya no es así; en adelante, el impedimento de salida será una medida cautelar con regulación propia y no tendrá nada que ver con la comparecencia con restricciones. En ese orden de ideas, la pregunta es: ¿se podría establecer comparecencia restringida, con

las cargas que esta acarrea, y además imponer alguna otra medida de forma concurrente? No hallamos hasta el momento la negativa para que esta alternativa sea viable, pero no creemos, en principio, que sea correcta.

Actualmente, el estado de la cuestión en este extremo es claro. Se impone o bien comparecencia, comparecencia restringida o bien detención; obviamente en la actualidad no se pueden imponer dos de forma concurrente. La decisión sobre una de ellas excluye a las otras dos. Con la nueva legislación, las posibilidades se han dividido entre detención, comparecencia simple, restringida, internación, impedimento de salida y suspensión preventiva de derechos como medidas cautelares personales (algunas mixtas); no sabemos si estas restricciones, pese a estar divididas, se pueden imponer de forma simultánea. Creemos que ese círculo legislativo no ha sido cerrado por el legislador y urge alguna propuesta legislativa en ese sentido.

Entre las últimas ideas que quisiéramos mencionar en este breve estudio se encuentra la concerniente a la figura de la caución, correctamente regulada en todos sus extremos en el nuevo cuerpo legislativo. Saludamos este cambio al entender que modifica (deroga en realidad) el tratamiento que viene dándosele a esta figura bajo el actual ordenamiento; sobre todo en lo que respecta al delito de defraudación tributaria bajo la vigencia del párrafo b) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 813¹⁹, el cual nos sigue pareciendo una de las más flagrantes violaciones legislativas al principio de presunción de inocencia²⁰.

19 El párrafo b) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 813 a la letra dice: "En los delitos previstos en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo, la caución será no menor al treinta por ciento del monto de la deuda tributaria actualizada, excluyéndose los montos por concepto de multas, de acuerdo a la estimación que de aquella realice el órgano administrador del tributo".

20 El fundamento de la figura de la caución es asegurar la presencia del procesado al proceso, lo cual supone un cantidad de dinero tan importante para esta persona, que no esté dispuesta a perder dicho monto sustrayéndose de la acción de la justicia; pero resulta que no se aplica la caución cuando la persona es insolvente. Sin embargo, en el caso de la defraudación tributaria se le da la espalda a las consideraciones y al fundamento mismo de la caución y se convierte en obligatoria la carga de pagar un monto determinado, sin importar si el procesado es o no solvente. Si no lo fuera podría revocarse su libertad, pese a comparecer al proceso, además de presumir, con esta disposición, que el procesado efectivamente defraudó, y hasta el porcentaje matemático de lo que defraudó, tomando como referencia cierta la estimación de la entidad agraviada; lo cual nuevamente nos parece un absurdo, ya que se toma como verdadera una versión que exterioriza un sujeto que ostenta una posición objetiva de interés; por lo tanto, jamás podrá ser tomada como prueba, contrariamente a lo que este Decreto Legislativo entiende.

Hemos reseñado en este punto, de forma abreviada, las disposiciones del nuevo texto procesal penal referidas a las medidas coercitivas; con esto hemos pretendido tan solo aclarar y saludar la progresiva vigencia de este nuevo cuerpo normativo. Lo esencial de este tema es la funcionalidad derivada de la aplicación de disposiciones que si bien no son perfectas por lo menos aumentan claramente las cuotas de seguridad jurídica que sobre las condiciones de instauración y de realización del proceso penal se vuelven tan necesarias.

Ninguna legislación es perfecta, la interpretación²¹ derivada de una buena norma podría ser perjudicial cuando se aplica a un caso concreto. Sin embargo, en abstracto, en el papel, hemos dado un franco avance. Esperemos que este camino tan difícil pueda tener el horizonte a la vuelta de la esquina y la realidad judicial se ilumine con un instrumento tan importante como el nuevo CPP de 2004. Desde aquí un fraterno saludo a quienes lo hicieron posible.

21 Tal es la importancia de la labor interpretativa que respecto a este el profesor César AZABACHE ha llegado a decir: "El sistema jurídico impone a sus operadores una actitud interpretativa que debe llevarles siempre a buscar razones para justificar sus decisiones en los antecedentes de los tribunales y en las teorías legales. El Derecho debe repartir su respaldo en atención a razones objetivas y públicas, esto es, a razones independientes de las preferencias subjetivas de los funcionarios que intervienen en un procedimiento. Estas razones, además, deben poder ser conocidas, criticadas y revisadas por la comunidad sin restricciones injustificadas, y en ello la argumentación (es decir, la exposición de los fundamentos o justificaciones de una decisión) cumple un papel decisivo en la conformación del orden legal"; *vide* AZABACHE, César. "Introducción al procedimiento penal". Palestra. Lima, 2003, pág. 14.

COMENTARIO 2:

APUNTES SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA*

I. INTRODUCCIÓN

Luego de dos intentos fallidos de reforma del sistema de Administración de Justicia Penal —el primero en 1991 en que solo entraron en vigencia algunas normas del nuevo Código Procesal Penal y el segundo en 1995 cuando el Proyecto elaborado por la Comisión Revisora fue aprobado en dos oportunidades por el Congreso, pero fue observado por el Poder Ejecutivo y finalmente dejado en el olvido—, se ha promulgado el nuevo Código Procesal Penal.

Varias razones justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal:

- i) Desde el punto de vista del Derecho comparado, casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.
- ii) La necesidad de adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y a las normas contenidas en la Constitución Política del Estado que otorgan la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público.
- iii) La imperiosa necesidad de organizar toda la normatividad procesal en un cuerpo único y sistemático, bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

En ese orden de ideas, la estructura del nuevo proceso penal se edifica sobre la base del modelo acusatorio del proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son: separación de funciones de investigación y de juzgamiento; y la libertad del imputado es la regla durante el proceso. El proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas, bajo la vigencia de las garantías de oralidad que permite que los juicios se realicen con

* Magíster en Derecho, con mención en Ciencias Penales. Ex fiscal superior en lo Penal de Lima.



inmediación y publicidad, dando lugar a un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en su nombre.

Con la promulgación de este Código, vía Decreto Legislativo número 957 promulgado el 28 de julio último, empieza la constitucionalización del proceso penal peruano. Estamos ante la inminente posibilidad de desterrar el procedimiento SUMARIO inquisitivo, burocrático, despersonalizado, que no permite luchar contra la criminalidad organizada y que ha fomentado la impunidad, uno de los fenómenos más aborrecidos de la sociedad actual. Asimismo podremos poner fin a la situación de entrapamiento surgida como consecuencia de la confusión de roles vigente, que se grafica en el hecho que ni el fiscal, ni el juez cumplen su rol constitucional: El fiscal que debe investigar no investiga, pero acusa sobre la base de elementos de convicción que él no ha logrado, y el juez que debe juzgar, no juzga, pero condena. Por eso no podemos posponer una reforma cuyas bases fueron sentadas hace más de veinte años en la Constitución de 1979. Hoy podemos decir que no hay deuda que no se pague, ni plazo que no se cumpla; al fin tenemos un Código Procesal Penal, en el que están ordenadas de manera coherente, lógica y sistemática todas las normas procesales.

En el nuevo modelo, el Fiscal de la Nación debe asumir una actitud de liderazgo que guíe la actividad de los fiscales y de los miembros de la Policía Nacional del Perú que intervengan en la investigación del delito. **En breve tenemos que contar con un Ministerio Público fuerte y protagonista, responsable de llevar adelante la investigación de los delitos, acusar a los presuntos responsables y ejercer facultades discrecionales relevantes para mantener la carga de trabajo del sistema en volúmenes razonables.** Para ello es necesario adecuar su arquitectura institucional a los nuevos requerimientos y realizar los esfuerzos sistemáticos de fortalecimiento presupuestario, material y de recursos humanos, así como establecer los mecanismos de cooperación interinstitucional. El Ministerio Público no puede continuar siendo Mesa de Partes de la Policía Nacional. De igual manera, el Poder Judicial tiene que asumir lo esencial de su función, realizar la etapa procesal del juzgamiento y ser garante de la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona; el reto está lanzado y la ciudadanía está vigilante, de nosotros depende hacer realidad la plena vigencia del nuevo código.

II. INNOVACIONES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Título Preliminar dedicado a los principios rectores del Proceso Penal, establece que la justicia penal es gratuita, se imparte con imparcialidad y en



plazo razonable; toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, respetando la igualdad procesal. Consagra el principio de Presunción de inocencia, disponiendo que hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido. Ratifica que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal y que tiene el deber de la carga de la prueba; y que corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento. Reconoce el Principio de legitimidad de la prueba, el derecho de defensa, al tiempo que garantiza los derechos de la víctima.

El proceso de reforma, conforme a lo dispuesto en el artículo 159 de la Constitución, reconoce que el Ministerio Público es titular del ejercicio de la acción penal, que el fiscal conduce desde su inicio la investigación del delito y con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. El fiscal tiene a su cargo la investigación preparatoria, actúa con independencia de criterio, rigiéndose únicamente por la Constitución y la ley.

La Policía Nacional en su función de investigación debe tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia para impedir sus consecuencias, individualizar a los autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba; sus funciones están precisadas expresamente en el artículo 68, pero actúa bajo la conducción del fiscal y conforme a lo dispuesto en el artículo 332 en todos los casos en que intervenga, elevará un informe policial, que contendrá la exposición de los hechos que motivaron su intervención, la relación de las diligencias, las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas y todo aquello que considere indispensable para el debido esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los implicados, pero se abstendrá de formular conclusiones y calificar específicamente el delito objeto de investigación.

En cuanto al Poder Judicial, el artículo 16 establece que la potestad jurisdiccional del Estado en materia penal se ejerce por:

1. La **Sala Penal de la Corte Suprema** que es competente para conocer el recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores.
2. Las **Salas Penales de las Cortes Superiores**, que son competentes para conocer el recurso de apelación contra los autos y las sentencias expedidos por los jueces de la investigación preparatoria y los jueces penales –colegiados o unipersonales–.



3. Los **juzgados penales**, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que les asigna la ley, realizarán la etapa de juzgamiento. Los **juzgados penales colegiados**, integrados por tres jueces, conocerán materialmente de los delitos que tengan señalados en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años (artículos 107, 108, 152, 173, 189, 296 y 297 del C.P., lavado de activos, etc.).

Los **juzgados penales unipersonales** conocerán materialmente de aquellos cuyo conocimiento no se atribuya a los juzgados penales colegiados.

4. Los **juzgados de la investigación preparatoria**, que conforme a lo dispuesto por el artículo 29 les compete conocer:
- a) Las cuestiones derivadas de la constitución de las partes durante la investigación preparatoria.
 - b) Imponer, modificar o hacer cesar las medidas limitativas de derechos durante la investigación preparatoria.
 - c) Realizar el procedimiento para la actuación de prueba anticipada.
 - d) Conducir la etapa intermedia y la ejecución de la sentencia.
 - e) Ejercer los actos de control que estipula este Código.

5. Los **juzgados de paz letrados**.

En cuanto al imputado, el artículo 71 reconoce que puede hacer valer por sí mismo, o a través de su abogado defensor, los derechos que la Constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso, que tiene derecho a prestar declaración, a fin de ejercer su defensa y responder a los cargos formulados en su contra y que durante la investigación preparatoria prestará declaración ante el fiscal, con la necesaria asistencia de su abogado defensor.

III. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Bajo la vigencia de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y judicialidad, las medidas que limitan 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, por disposición de la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la ley. En este capítulo se ordena sistemáticamente la normatividad que está contenida en los códigos procesales y diferentes leyes especiales. Las medidas coercitivas personales son las siguientes:

1. **La detención policial.** De conformidad con el artículo 259 la Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Esta detención no podrá durar más plazo de veinticuatro horas, salvo que se trate de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje.
2. **El arresto en estado de flagrancia.** El Código le confiere este derecho a cualquier persona, a condición de entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana (artículo 260).
3. **La detención preliminar.** Que de conformidad con el artículo 261 será dispuesta por el juez de la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal cuando no se presente un supuesto de flagrancia, pero existan razones para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga; solo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, continúa la investigación y solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa. Esta medida está regulada actualmente por la Ley N° 27934 del 12 de febrero de 2003.
4. **La detención preliminar incomunicada.** En virtud del artículo 265, el fiscal podrá solicitar al juez de la investigación preparatoria que decrete la incomunicación de las personas detenidas por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. El plazo no debe ser mayor de diez días.
5. **La prisión preventiva.** Se refiere a la detención preventiva regulada por el artículo 135 del Código Procesal del 91 y que de conformidad con el artículo 268 del nuevo Código será dispuesta por el juez de la investigación preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, bajo los mismos presupuestos de la regulación anterior, habiéndose previsto para su imposición la realización de una audiencia, que se llevará a cabo dentro de las cuarentiocho horas siguientes al requerimiento y se celebrará con la concurrencia del fiscal, del imputado y su defensor. Esta medida no durará más de nueve meses, pero tratándose de procesos complejos, no durará más de dieciocho meses.
6. **La comparecencia.** Que tiene similar regulación a la contenida en el Código de 1991, es decir, puede ser simple y con restricciones.

7. **La detención domiciliaria.** Que se impondrá cuando pese a corresponder prisión preventiva, el imputado se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias: ser mayor de 65 años, padecer enfermedad grave o incurable, o incapacidad física permanente o ser madre gestante, así está previsto en el artículo 290.
8. **El impedimento de salida.** Esta medida está regulada por la Ley N° 27379 de diciembre de 2001 para un reducido número de delitos. El artículo 295 del Código que comentamos establece que, durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años, el fiscal podrá solicitar al juez expida contra el imputado orden de impedimento de salida del país o de la localidad donde domicilia o del lugar que se le fije.
9. **La conducción compulsiva.** En caso de inconcurrencia a una diligencia debidamente notificada bajo apercibimiento, el fiscal dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional. Esta es la única medida que puede disponer directamente el fiscal.

El artículo 295 del Código regula LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DE-RECHOS que la dispondrá el juez, a pedido del fiscal, cuando se trate de delitos sancionados con pena de inhabilitación, sea esta principal o accesoria o cuando resulte necesario para evitar la reiteración delictiva.

Diferentes artículos del Código regulan una serie de MEDIDAS COERCITIVAS DE CARÁCTER REAL como el allanamiento (214), exhibición e incautación de bienes y documentos (218 y 224), la interceptación e incautación postal (226), la intervención de comunicaciones y telecomunicaciones (230), el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria (235), la clausura o vigilancia de locales (237), el embargo (302), la incautación (316); algunas de estas medidas no tienen regulación en nuestra normatividad actual y otras se encuentran en leyes especiales.

En cuanto a la ESTRUCTURA DEL PROCESO PENAL se establece el proceso común u ordinario para todos los delitos; se divide en tres etapas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento.

- a) **La investigación preparatoria**, dirigida por el fiscal tiene como objetivo reunir los elementos de convicción, de cargo o descargo que le permitan decidir si formula o no la acusación. En esta etapa, el juez de la investigación preparatoria, tendrá a su cargo disponer los actos procesales que el fiscal solicite, controlará la regularidad de la investigación, dispondrá las medidas de coerción y actuará la prueba anticipada. El plazo es de ciento veinte días naturales, solo por causas justificadas, el fiscal podrá prorro-



garla hasta por un máximo de sesenta días naturales. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo será de ocho meses y la prórroga por igual plazo debe concederla el juez de la investigación preparatoria. El fiscal, podrá contar con la asesoría de expertos de entidades públicas y privadas para formar un equipo interdisciplinario de investigación científica para casos específicos, el mismo que actuará bajo su dirección. En esta etapa pueden disponerse medidas de coerción y al concluir el fiscal decidirá si formula acusación o si requiere el sobreseimiento de la causa. En esta etapa se concentra lo que ahora constituye la investigación preliminar y la investigación judicial o instrucción. La Policía interviene en la investigación como órgano auxiliar y bajo la dependencia funcional del fiscal.

- b) **La etapa intermedia**, dirigida por el juez de la investigación preparatoria, en la que se decide en audiencia preliminar escuchando a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el fiscal o si debería dictarse el sobreseimiento de la causa. En esta etapa se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento, caso en el que, el juez dictará el auto de enjuiciamiento, resolución que no es recurrible y la notifica al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales. Luego, dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el juez de la investigación preliminar hará llegar al juez penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, los objetos incautados, y pondrá a su orden a los presos preventivos, para que dicte el auto de citación a juicio.
- c) **El juzgamiento o juicio**, es la etapa principal del proceso para llevar a cabo de actividad probatoria. Se realiza sobre la base de la acusación, con las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú; rigen especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor. La audiencia solo podrá instalarse con la presencia obligatoria del juez penal o, en su caso, de los jueces que integran el juzgado penal colegiado, del fiscal, del acusado y su defensor; se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta, para luego redactar la sentencia y finalmente constituirse nuevamente a la sala de audiencias para la correspondiente lectura.



El Código de 1940 es deficitario en la regulación de los medios de impugnación; en este Código tienen un tratamiento diferente, se regulan los principios y presupuestos comunes a cualquiera de los recursos y el procedimiento correspondiente a cada uno de ellos. Las resoluciones judiciales son impugnables en los casos expresamente establecidos por la ley, se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida, el derecho corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Los recursos contra las resoluciones judiciales son: reposición, apelación, casación y queja.

De conformidad con lo establecido en el artículo 155, la actividad probatoria en el proceso penal se regula por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y por este Código. También se regulan los supuestos de prueba anticipada que puede practicarse ante el juez de la investigación preparatoria, a solicitud del fiscal o de los demás sujetos procesales.

El artículo 247 prevé las medidas de protección aplicables a testigos, peritos, agraviados o colaboradores que intervengan en los procesos penales, las que pueden hacerse extensivas a su cónyuge o su conviviente, o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

En relación a LOS PROCESOS ESPECIALES, el artículo 446 incorpora el proceso inmediato que podrá solicitar el fiscal al juez de la investigación preparatoria cuando: i) el imputado ha sido detenido en flagrante delito; ii) el imputado ha confesado la comisión del delito; iii) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. El juez decidirá si procede, supuesto en que el fiscal procederá a formular acusación, que será remitida por el juez de la investigación preparatoria al juez penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio.

Razones de política criminal presentes también en la legislación comparada, orientadas a evitar la congestión procesal y la saturación del sistema de justicia penal ordinario, han determinado que conjuntamente con el proceso común se regulen una gama de vías alternativas que permitan diversificar las especialidades procedimentales por razón de las personas y por razón de la materia y, de otro lado, los procesos simplificados desarrollados bajo el principio de consenso. Entre estos, es del caso mencionar a los procesos por razón de la función pública, el proceso de terminación anticipada y el proceso de colaboración eficaz.

Se regula el proceso por razón de la función pública a altos funcionarios designados en el artículo 99 de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, el que se regirá por las reglas del proceso

común, previo el antejuicio constitucional. Con relación al proceso a otros funcionarios públicos: magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, de primera y segunda instancia, miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, al Procurador Público, se requiere que el Fiscal de la Nación decida el ejercicio de la acción penal. Son competentes para conocer estos procesos, los fiscales supremos o superiores y los vocales supremos o superiores, según los casos conforme a las normas previstas en el Código.

IV. NORMAS SOBRE CELERIDAD PROCESAL

En este campo el Código regula lo siguiente:

1. **El principio de oportunidad.** Al respecto el artículo 2 dispone que el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los supuestos establecidos en la citada norma. Se incorpora a esta institución lo dispuesto en la ley número 28117 de diciembre del 2003 en el sentido que procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos y que el fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá dicho acuerdo.
2. **El proceso de terminación anticipada.** Según lo dispuesto por el artículo 468 puede aplicarse a cualquier delito; se lleva a cabo a iniciativa del fiscal o del imputado, una vez expedida la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria, y hasta antes de formularse acusación fiscal, y será resuelta por el juez de la investigación preparatoria en una audiencia de carácter privado.
3. **Proceso por colaboración eficaz.** El artículo 472 establece que el Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien se encuentre o no sometido a un proceso penal, o con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal; el colaborador debe mostrar su disposición de proporcionar información eficaz. El acuerdo está sujeto a la aprobación judicial y rige para los siguientes delitos:
 - a) Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, contra la humanidad;
 - b) Secuestro agravado, robo agravado, abigeato agravado, así como delitos monetarios y tráfico ilícito de drogas, siempre que en todos estos casos el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva.



- c) Concusión, peculado, corrupción de funcionarios, tributarios, aduaneros contra la fe pública y contra el orden migratorio, siempre que el delito sea cometido en concierto por una pluralidad de personas. Similar regulación teníamos en virtud de la Ley N° 27378 de diciembre de 2000.

Un aspecto también novedoso del Código es haber sistematizado lo relativo a la cooperación judicial internacional bajo la premisa que las normas aplicables son los tratados celebrados entre países y que el principio de reciprocidad es el que orientará la realización de actos de cooperación como extradición, diligencias en el exterior, traslado de condenados, práctica de bloqueo de cuentas, embargos, incautaciones, inmovilización de activos y entrega vigilada; para lo cual la Fiscalía de la Nación será autoridad central encargada de canalizar estos mecanismos de cooperación. Mención aparte merece el trabajo desarrollado para la cooperación con la Corte Penal Internacional, como lo son la detención y entrega de personas, la detención provisional, y los actos de cooperación previstos en el artículo 93 del estatuto de la Corte Penal Internacional desarrollados en este Código.

Al fin tenemos un Código Procesal Penal moderno, si bien es cierto que debe haber un período de *vacatio legis* para su debida implementación, también lo es que hay normas que pueden y deben entrar en vigencia de inmediato. En mi modesta opinión debe hacerse una agresiva campaña para que se pongan en vigencia las normas que no demandan aumento de presupuesto, ello es posible, pues se refieren a instituciones que están reguladas de manera asistemática por diversas leyes especiales; así tendríamos la ventaja de familiarizar a los operadores con el nuevo Código, propiciando que trabajen solo con dos cuerpos normativos: el Código del 40 y el nuevo; a partir de entonces quedarían automáticamente derogadas varias leyes. Pueden entrar en vigencia:

- Principio de oportunidad, artículo 2.
- Terminación anticipada de proceso. Artículos 468 a 471.
- Colaboración eficaz, artículos 472 a 481.
- Las medidas de coerción procesal, artículos 253 a 320.

Esto determinaría que se deroguen el Decreto Legislativo N° 638, Código Procesal Penal de 1991 y sus modificatorias, la Ley N° 27934 que regula las funciones de la PNP para detener en flagrancia y para practicar la detención preliminar, la Ley N° 26320 sobre terminación anticipada de proceso en casos de T.I.D. y las normas sobre esta institución en los delitos tributarios, la Ley N° 27378 sobre colaboración eficaz, la Ley N° 28122 sobre conclusión anticipada de la instrucción y el artículo 3 de la Ley N° 28117.



TÍTULO II LA DETENCIÓN

Artículo 259. Detención Policial

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

1. *El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
2. *El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
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, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
4. *El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o 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.^(*)(**)*

() De conformidad con el artículo 2 de la Ley N° 29372, publicada el 09-06-2009, que incorpora el inciso 6 a las Disposiciones Finales del presente Código, el artículo 259 entra en vigencia en todo el país el 01-07-2009.*

*(**) Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29569, publicada el 25-08-2010.*

Artículo 260. Arresto Ciudadano

1. *En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva.*
2. *En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.^(*)*

() De conformidad con el artículo 2 de la Ley N° 29372, publicada el 09-06-2009, que incorpora el inciso 6 a las Disposiciones Finales del presente Código, el artículo 260 entra en vigencia en todo el país el 01-07-2009.*



COMENTARIO:

**MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARRESTO CIUDADANO
Y SU VINCULACIÓN CON LA DETENCIÓN POLICIAL**

ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

El último 9 de junio del año en curso (2009) fue publicado en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29372 que modifica el artículo 259 y su entrada en vigencia, así como la entrada en vigencia del artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, referidos a la detención policial y al arresto ciudadano en flagrante delito, respectivamente, estando ambas figuras jurídicas estrechamente relacionadas, conforme lo veremos más adelante.

El Congreso de la República aprobó que las normas del nuevo Código Procesal Penal que regulan la detención policial como el arresto ciudadano entren en vigencia en todo el país a partir del 1 de julio del año en curso, aprobación que fue promulgada por el presidente Constitucional de la República, adelantándonos así a lo que estaba programado para entrar recién en vigencia para el año 2013.

Con la promulgación de esta ley se modificó el artículo 259 del Código Procesal Penal en el sentido de que la flagrancia sea considerada como de aplicación inmediata y no hasta dentro de 24 horas como se encuentra regulada en normas especiales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley N° 27934 - Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, donde se considera como delito flagrante hasta las 24 horas de su comisión.

La justificación para adelantar la aplicación de la norma sobre el arresto ciudadano, ya vigente desde el 1 de julio en todo el país –a decir de las autoridades involucradas en el tema– es debido a que se ha obtenido importantes logros en las regiones donde se viene aplicando la ley y hasta la fecha no se han efectuado denuncias por abusos ni maltratos a los arrestados.

Así, el arresto ciudadano es una figura nueva dentro el sistema normativo de nuestro país, que nace con el nuevo Código Procesal Penal del año 2004, tipo de arresto que debe ser considerado una medida excepcional, ya

* Primera Fiscalía Superior de Lima.



que solo deberá ser utilizado en el momento del crimen, entendiéndose este término como el momento de la comisión de cualquier delito, es decir, en caso de delito flagrante.

La formulación de esta norma debe ser saludada por todos los peruanos, pues una iniciativa de esa naturaleza merece ser valorada toda vez que permitirá a los ciudadanos (sin necesidad de ser policías) intervenir en el auxilio de alguna persona que es víctima de un delito flagrante en el momento y lugar donde no haya apoyo policial que acuda en su ayuda, como ocurre en cada calle o avenida de nuestras ciudades en donde muchas veces no existe presencia policial.

Esta norma legal, como bien señaló la ministra de Justicia, además de dar un mensaje ejemplarizador a los delincuentes, busca que exista solidaridad entre la ciudadanía en general; de ese modo, la racionalidad de la norma está concebida para que el ciudadano pueda colaborar con la paz social.

No obstante lo anterior expuesto, el arresto ciudadano está dado como una facultad y no como una obligación del ciudadano, lo cual significa que puede recurrir a ello solo si considera que está en condiciones de hacerlo.

En realidad, el auxilio de un ciudadano hacia otro que era víctima de un delito ya se viene dando con mucha anterioridad a la promulgación de la norma; por lo que esta únicamente contribuirá a revestir de legalidad tales actos, limitando el accionar de los aprehensores quienes de ningún modo, a partir de la vigencia de la norma, deberán agredir física ni psicológicamente al arrestado, como lo hacían en la mayoría de los casos; toda vez que el arresto no podrá ser ejercido como un acto de venganza, debiendo ponerse al arrestado a disposición de la autoridad policial más cercana en el menor tiempo posible, así como poner también a disposición de la autoridad los objetos materiales que tengan relación con el delito.

Los ciudadanos debemos tomar conciencia de que con esta norma se nos brinda una vez más la oportunidad de coadyuvar con la paz social previniendo de algún modo el incremento de la delincuencia, ya que quienes actúan al margen de la ley tendrán la certeza de que sus actos no quedarán impunes, pues en un lugar desolado no faltará un transeúnte que auxilie a la víctima en el preciso instante en que es presa de un delincuente; así con esta norma el ciudadano común tiene el arma legal para salvar a la víctima del delito.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DEL ARRESTO CIUDADANO

Antes de profundizar en el tema, es de primordial importancia establecer si la norma que regula la figura jurídica del arresto ciudadano se condice



o no con la Constitución Política del Perú, norma que consagra los derechos fundamentales de la persona y garantiza su respeto y protección a través de los mecanismos legales que en ella se establece.

El nuevo Código Procesal Penal del año 2004 (Decreto Legislativo N° 957) de ningún modo pudo apartarse de la normativa constitucional al regular la figura del “arresto ciudadano”, tan es así que en los diez artículos del título preliminar se establecen normas de contenido constitucional que deben regir durante todo el proceso penal, hasta su ejecución inclusive; por ello, la norma recientemente aprobada que regula el arresto ciudadano no puede ser calificada de modo alguno de inconstitucional como lo vienen sosteniendo algunos opositores a la ley, al punto de afirmar que podría ser rebatida en el Tribunal Constitucional; tal hecho no podrá ocurrir toda vez que dicha regulación legal no se aparta de la Norma Constitucional.

En efecto, en el artículo 2 numeral 24, literal b, de la Constitución se establece: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, **salvo en los casos previstos por la ley**¹.(...)”.

Observamos pues que la propia norma constitucional autoriza la restricción de la libertad personal en los casos establecidos por ley; en este caso, la ley en virtud de la cual se está disponiendo la restricción de la libertad personal es el Decreto Legislativo N° 957 referido al nuevo Código Procesal Penal del año 2004, el cual entró en vigencia a nivel nacional a mérito de la Ley N° 29372, publicada el 9 de junio último; por lo tanto, la regulación legal a la restricción de la libertad personal no se contrapone a la Constitución y como tal ya se encuentra incorporada en el nuevo Código Procesal Penal desde el año 2004, cuya incorporación legal respondió a lo establecido justamente en nuestra Constitución.

III. LA DETENCIÓN POLICIAL

El artículo 259 del nuevo Código Procesal Penal recientemente modificado, que regula la detención policial, señala textualmente:

1. La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.
2. Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible

1 El resaltado, es nuestro.

o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, puede ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.

Como vemos, la norma recientemente modificada señala en el numeral 1 cuándo procede una detención policial la cual no se requiera autorización judicial, pues sabemos que para detener a una persona normalmente se requiere contar con mandato judicial que lo autorice; sin embargo, la policía constitucionalmente está autorizada para detener a una persona en casos de flagrancia o delito flagrante, entendido este como el hecho delictivo de comisión inmediata (en el acto), así el policía puede detener a una persona en el acto mismo que está cometiendo un delito, sin que medie para ello autorización judicial.

En el segundo numeral se introduce el concepto de flagrancia, entendida como la realización de un hecho punible actual, y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo; modificándose de este modo lo que era entendido como flagrancia hasta antes del 9 de junio, esto es, hasta dentro las 24 horas de producido el hecho punible, tal como lo analizaremos en el siguiente punto.

En el numeral 3 del artículo en comentario se da la posibilidad a la autoridad de disponer una medida menos restrictiva o la libertad de la persona detenida cuando el hecho que se le imputa se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, para lo cual previamente deberá interrogársele respecto de su identificación y demás actos de investigación urgentes.

IV. CONCEPTO DE DELITO FLAGRANTE

Para entender el tema debemos tener en claro en qué consiste el delito “flagrante”. Así, en el Código Procesal Penal del 2004, hasta antes de esta modificatoria, se consideraba delito flagrante cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

- a) 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 este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

- b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o 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.

En la Ley N° 27934 que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, en el artículo 4 (modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 989 del 22-07-2007), se establece:

“A los efectos de la presente ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo, o cuando:

- a) 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 este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*
- b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.*

Como advertimos aquí, el concepto de flagrancia abarca hasta dentro las 24 horas de la comisión del hecho punible, concepto que con la reciente modificatoria quedó desterrado.

El Código Procesal Penal argentino, define la flagrancia en el artículo 285 estableciendo: “Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito”.

En el numeral 2 del artículo 259 del nuevo Código Procesal Penal modificado por la Ley N° 29372, se establece que existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

Esta última resulta ser la acepción más cercana de lo que significa la flagrancia; pues conforme a la Real Academia de la Lengua Española, flagrancia es concebida en su tercera acepción: “De tal evidencia que no necesita pruebas”,



o bien la locución adverbial “en flagrante delito” que nos remite a la idea del momento mismo en que el delito se comete sin que el autor haya podido huir.

Entendido así el concepto de flagrancia, el ciudadano podrá aprehender a otro ciudadano en circunstancias que se encuentre cometiendo un hecho delictivo o bajo alguno de los supuestos previstos en la norma calificada como flagrancia delictiva; empleamos el término “aprehender”, por cuanto “arrestar” resulta más apropiado al ámbito policial y militar; en cambio, debemos decir un ciudadano podrá “aprehender” (coger, prender) a una persona en flagrante delito para ponerlo a disposición de la autoridad policial, quien procederá a arrestarlo y ponerlo a disposición de la Comisaría del sector donde quedará detenido, hasta que sea puesto a disposición de la Fiscalía competente si fuere el caso.

Decimos “si fuere el caso”, toda vez que en el numeral 3 del artículo 259 del nuevo Código Procesal Penal que regula la detención policial, se establece que si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o disponerse la libertad del arrestado (aprehendido).

V. EL ARRESTO CIUDADANO Y SU VINCULACIÓN CON LA DETENCIÓN POLICIAL

Entendido ya el concepto de flagrancia, el cual tiene como límite en el hecho punible actual y no dentro las 24 horas de su comisión, pasaremos a referirnos al artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal que regula la figura jurídica del “arresto ciudadano”, norma que si bien no fue modificada en su contenido, sí se modificó el plazo de su entrada en vigencia, el cual regirá a partir del 1 de Julio del presente año.

El artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal, regula la figura del arresto ciudadano, estableciendo:

- “1) En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva.*
- 2) En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención”.*

Ahora bien, analizando el tema señalamos que cuando esta norma establece en el numeral 1) que toda persona podrá proceder al arresto ciudadano en estado de flagrancia delictiva, conforme a los casos previstos en el artículo anterior, se está refiriendo a lo establecido en el artículo 259 de la norma en comentario, que regula la detención policial cuando exista flagrante delito, cuya descripción textual la hemos señalado anteriormente; es aquí donde se presentan la vinculación de la figura jurídica del arresto ciudadano con el de la detención policial, ya que un ciudadano sin necesidad de ostentar la calidad de efectivo policial podrá arrestar (aprehender) a otro solo cuando se presenten casos de delito flagrante, es decir, solo procederá el arresto ciudadano cuando se trata de un caso de flagrancia delictiva, al igual que lo hace la autoridad policial, sin que se requiera para ello orden judicial de arresto.

Luego de arrestar (aprehender) al que ha cometido un delito, se procederá a entregarlo de inmediato, así como las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la autoridad policial más cercana; debiendo entenderse por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana del lugar donde se produjo la aprehensión o también podrá hacerse entrega del "aprehendido" al policía que se halle por inmediaciones del lugar, este podría ser inclusive un policía de tránsito, quien ya se comunicará con la comisaría o delegación policial respectiva de ser necesario.

En la misma norma se establece que, en ningún caso, el acto de arrestar autoriza a encerrar o mantener privado de su libertad al sujeto arrestado o aprehendido, sea en un lugar público o privado hasta hacerse entrega a la autoridad policial; lo cual significa que no se le puede tener encerrado en ningún lugar a la espera de la policía, y como ya se dijo anteriormente, tampoco se le deberá maltratar ni física ni psicológicamente, es decir, no se deberá hacer justicia por mano propia, ya que al actuar de ese modo se estaría incurriendo en el delito contra la administración de justicia en la modalidad de Justicia por mano propia o ejercicio arbitrario del derecho previsto y sancionado por el artículo 417 del Código Penal vigente², y si el exceso en el maltrato que se ejerza sobre el aprehendido le ocasiona lesiones o inclusive ocasiona su muerte, los aprehensores serán denunciados y juzgados por el delito de lesiones u homicidio según corresponda; por lo que se debe tener mucho cuidado al momento

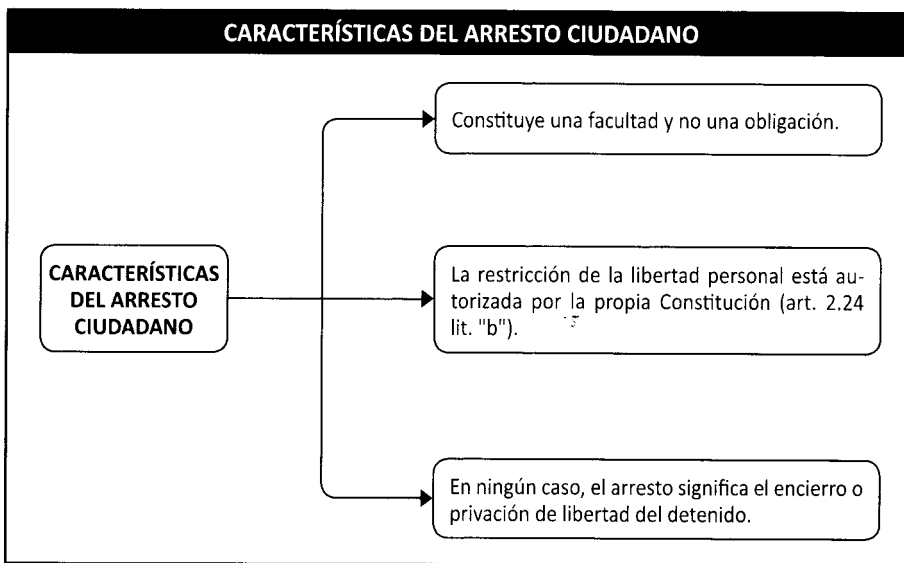
2 Artículo 417. Ejercicio arbitrario de derecho. Justicia por propia mano
El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.



de ejercer esta facultad que la ley le otorga a un ciudadano particular para salvaguardar el derecho de otro ante el acto de un agresor.

Aquí también se debe tener mucho cuidado en no manipular las especies o instrumentos que se incaute al sujeto aprehendido, toda vez que ello llevaría a dificultar la labor de los peritos de criminalística y distorsionar el resultado de la pericia; tampoco se debe siquiera intentar ocultar, esconder o hacer desaparecer de cualquier modo los medios probatorios del delito, ya que se estaría incurriendo en el delito contra la administración de justicia en la modalidad de encubrimiento real previsto en el artículo 405 del Código Penal³.

Entonces, debe quedar claro que quien o quienes aprehendan al sujeto agresor están obligados por mandato expreso de la ley a entregarlo a la autoridad policial en el más breve plazo, así como las especies relacionadas al hecho delictivo, correspondiendo a la Policía que lo recibe redactar el acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención; se entiende que la citada acta deberá ser firmada por los intervinientes en el hecho consignando su respectivo documento de identidad, ya que en su oportunidad podrán ser citados por la autoridad competente como testigos si el caso amerita.



3 Artículo 405.- Encubrimiento real
El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.(...)

VI. EL ARRESTO CIUDADANO EN OTRAS LEGISLACIONES

Esta norma es aplicada también en otros países con resultados favorables, así tenemos, Los Estados Unidos Mexicanos; aquí se encuentra regulada la figura del arresto ciudadano a nivel constitucional, así en el quinto párrafo del artículo 16 de su Constitución Política se establece: "Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención".

Como vemos; en los Estados Unidos Mexicanos, la figura del "arresto ciudadano" ostenta rango constitucional, en virtud del cual se autoriza a cualquier persona a detener a otra cuando está cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido y ponerlo a disposición de la autoridad más cercana y esta con la misma prontitud a disposición del Ministerio Público; debiendo extenderse un acta de la detención.

Esta figura también está regulada en el Código Procesal Penal argentino, en cuyo artículo 287 referido a la Detención por un particular, se establece: "En los casos previstos en los incisos 1, 2 y 4 del artículo 284⁴; los particulares serán facultados para practicar la detención, debiendo entregar inmediatamente el detenido a la autoridad judicial o policial".

Asimismo, en el artículo 10 de la anterior Constitución Política Boliviana (Ley N° 2650 del 13 de abril del 2004), se establece: "Todo delincuente in fraganti puede ser aprehendido, aun sin mandamiento, por cualquier persona, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad o el juez competente, quien deberá tomarle su declaración en el plazo máximo de veinticuatro horas".

La nueva Constitución de la República de Bolivia del año 2008, en su artículo 23.IV establece: "Toda persona que sea encontrada en delito flagrante podrá ser aprehendida por cualquier otra persona, aun sin mandamiento. El

4 Código Procesal Penal argentino

Detención sin orden judicial

Artículo 284. Los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial:

- 1) Al que intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo.
- 2) Al que fugare, estando legalmente detenido.
- 4) A quien sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública, reprimido con pena privativa de libertad.



único objeto de la aprehensión será su conducción ante autoridad judicial competente, quien deberá resolver su situación jurídica en el plazo máximo de veinticuatro horas”.

Observamos así que no solo en nuestro país se aplica esta figura del “arresto ciudadano”, pues diversas naciones ya lo viene aplicando en sus legislaciones internas, ostentando tanto rango constitucional como legal. En la constitución de los Estados Unidos Mexicanos se habla de detener a un indiciado, lo que es lo mismo arrestar a alguien contra quien existen indicios de haber cometido un delito, de ahí la denominación de “indiciado”; en el Código Procesal Penal Argentino se habla de “detenido”; en la última Constitución boliviana se habla de “aprehensión” o persona aprehendida, que sería el término más adecuado para referirnos también acá en el Perú cuando hablamos del detenido o arrestado.

VII. ALGUNAS CRÍTICAS SOBRE EL ARRESTO CIUDADANO

Para algunos especialistas en temas de seguridad⁵, la entrada en vigencia de la norma no resulta adecuada, pues consideran que se contrapone con la Norma Constitucional, por lo que cabe la posibilidad de ser cuestionada ante el Tribunal Constitucional.

Al respecto, hemos señalado en el punto referido al marco constitucional del arresto ciudadano, que la norma en referencia de modo alguno se contrapone con la Constitución, toda vez que la propia norma constitucional en el artículo 2 numeral 24, literal b, permite restringir la libertad personal en los casos previstos por la ley. Así, se establece: “Artículo 2 de la Constitución: toda persona tiene derecho (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. (...)”. En este caso, la ley en virtud de la cual se está disponiendo la restricción de la libertad personal es el Decreto Legislativo N° 957 referido al nuevo Código Procesal Penal del año 2004; por tanto, la idea que se trata de una norma que se contrapone con la Constitución no resulta acertada.

Asimismo, otros entendidos en temas de seguridad consideran que previa a la entrada en vigencia de esta norma no se han implementado los soportes de educación técnicos y de procedimiento para su aplicación efec-

5 <<http://www.elcomercio.com.pe/noticia/287308/especialistas-seguridad-advienten-riesg>>.

tiva, considerando que la libertad de locomoción estará en riesgo, ya que estaremos en manos –dicen– de muchos incompetentes o desequilibrados mentales como son algunos miembros del serenazgo, ya que se han dado casos trágicos de serenos que han ahorcado a sus víctimas o los han torturado hasta matarlos como fue el caso del torero español⁶.

Bajo dicho contexto, señalan los especialistas que se trata de una propuesta peligrosa para la libertad de las personas por cuanto no se toma en cuenta ciertos aspectos como el hecho de que el serenazgo no está preparado para ejercer esta facultad, ya que para arrestar a un ciudadano demanda seguir una serie de procedimientos, haciéndose más delicado cuando se utiliza o emplea armas, pues existen muchos ciudadanos que cuentan con armas y licencia para portarlas y si estos fueran testigos presenciales de un asalto en donde los delincuentes utilizan armas, lo lógico es que saque su arma y se produzca un enfrentamiento, trayendo como consecuencia muertos y heridos, cuando la propia policía tiene reparos para utilizar su arma, ya que se exige racionalidad y proporcionalidad para su uso.

Al respecto, debemos precisar que tanto los miembros de serenazgo como cualquier otro ciudadano que aprehenda a un sujeto al momento de la comisión de un hecho ilícito deberá sujetarse a lo establecido en el segundo numeral del artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal; esta norma legal no está dada exclusivamente para los miembros del serenazgo, sino para todos los ciudadanos, por lo tanto aquellos no pueden arrogarse atribuciones más allá de lo que señala la ley.

CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004

Artículo 259. Detención Policial

La Policía Nacional del Perú detiene, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando:

- 1. El agente es descubierto en la realización del hecho punible.*
- 2. El agente acaba de cometer el hecho punible y es descubierto.*
- 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, o por medio audiovisual, dispositivos o equipos con cuya tecnología se haya registrado su imagen, y es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.*

6 <<http://elpacificador2008.blogspot.com/2009/05/el-arresto-ciudadano-realidadamena-za.html>>.



4. *El agente es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o 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.*

Artículo 260. Arresto Ciudadano

1. *En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva.*
2. *En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.*

Asimismo, respondiendo a la otra crítica decimos que en efecto el policía tiene mucho cuidado en hacer uso de su arma ante un hecho delictivo, ya que muchas veces el ladrón termina siendo víctima de agresión por parte de la policía, lo cual se ve a diario en los expedientes judiciales; pero, debe quedar claro, que con esta ley no se le está facultando al ciudadano a usar arma alguna, sino únicamente a aprehender a un sujeto que está cometiendo un hecho delictivo y ponerlo de inmediato a disposición de la autoridad policial más cercana, sin agredirlo física ni psicológicamente, tampoco se le deberá tener encerrado en un lugar público o privado, pues efectuar actos contrarios a lo que establece la ley, constituye delito.

Debe quedar claro además, que contrario a lo afirmado por algunos opositores a la norma, ello no constituye el resultado de la inoperancia ni la incompetencia de la policía, nadie ha dicho algo así, ni se trata de eso, pues la ley bajo análisis únicamente está orientada a colaborar con la actividad policial que no siempre está en todos y cada uno de los lugares donde se comete un delito flagrante (en el acto mismo de su comisión), lo cual no constituye inoperancia, ni incompetencia, sino falta de personal policial como en cualquier entidad estatal y la norma constituye una forma de intentar cubrir ese vacío que trae la falta de personal policial en determinadas zonas del país.

Debe también quedar claro, que la norma no permite arrestar a nadie en actitud sospechosa, eso puede hacerlo únicamente la autoridad policial y basándose en fundamentos sólidos que sustenten su intervención, ya que

toda indebida detención constituye un acto abusivo; la norma que comentamos exige la existencia de un delito flagrante, o sea que se esté cometiendo un delito y en ese instante intervenga un ciudadano en auxilio de la víctima, arrestando (aprehendiendo) al agresor o victimario, sujeto a quien deberá poner de inmediato a disposición de la autoridad policial más cercana, acto que de modo alguno constituye usurpación de la autoridad policial, ya que la propia ley permite a un ciudadano común y corriente actuar en auxilio de su prójimo, arrestando o aprehendiendo al agresor, lo cual va a contribuir a disminuir la delincuencia callejera y de este modo prevenir la comisión de hechos delictivos, ya que el delincuente no podrá actuar con libertad como lo hace ahora y cometer sus fechorías valiéndose de la ausencia policial en el lugar donde decide cometer el delito.

Para finalizar, se plantea que a fin de hacer efectiva la aplicación de la norma, deberá hacerse conocer a todos los ciudadanos mediante los diversos medios de comunicación, o mediante charlas, seminarios, cuál es el significado de la flagrancia delictiva y cómo debe proceder el ciudadano con el sujeto que es arrestado o aprehendido en el momento de cometer el delito, dicha difusión pública del tema contribuirá a que no se cometan arbitrariedades ni injusticias al aplicar la norma y servirá además para prevenir a que los ciudadanos que aprehendan al agresor no incurran en actos que acarreen algún tipo de responsabilidad en su contra por los excesos que puedan cometer a causa del desconocimiento de la norma.

VIII. CONCLUSIONES

- El artículo 2 de la Constitución establece: “Toda persona tiene derecho (...) 24.- A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, **salvo en los casos previstos por la ley (...)**”, en este caso, la ley en virtud de la cual se está disponiendo la restricción de la libertad personal es el Decreto Legislativo N° 957 referido al nuevo Código Procesal Penal del año 2004.
- Entonces, contrario a lo señalado por los opositores a la norma prevista en el artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal, la figura legal del arresto ciudadano no se contrapone con la Constitución, toda vez que la propia norma constitucional en el artículo 2 numeral 24, literal b, permite restringir la libertad personal en los casos previstos por la ley.
- El artículo 260 del nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, regula por primera vez la figura del arresto ciudadano, el cual tiene estrecha vinculación con la figura referida a la detención policial, ya que en ambos casos se puede arrestar a un sujeto al mo-



mento que está cometiendo un delito, es decir, en flagrancia delictiva, sin requerir para ello de autorización judicial.

- En el numeral 2 del artículo 259 del nuevo Código Procesal Penal modificado por la Ley N° 29372, se establece el concepto de flagrancia delictiva, señalando que existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.
- El término más adecuado a emplearse debe ser “aprehender”, ya que “arrestar” es un término que se adecua más al campo policial o castrense; así, una vez aprehendido el sujeto en flagrante delito, se le deberá entregar inmediatamente, al igual que las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la autoridad policial más cercana.
- Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al policía que se halle por inmediaciones del lugar.
- En ningún caso, el acto de arrestar autoriza a encerrar o mantener privado de su libertad al aprehendido en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial, no podrá efectuarse como un acto de venganza, lo cual implica que el aprehendido no debe ser agredido por sus aprehensores, ni física ni psicológicamente, actuar de ese modo acarrea responsabilidad penal para quien o quienes ejecuten tales actos.
- La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega del aprehendido y las demás circunstancias de la intervención; debiendo ser dicha acta suscrita por los intervinientes en el que deberán consignar sus respectivos documentos de identidad, ya que en su oportunidad podrán ser citados por la autoridad competente como testigos si el caso amerita.
- Esta figura jurídica está regulada también en normas constitucionales y legales de otros países, por lo que el Perú no podía quedar ajeno como una isla en la regulación del “arresto ciudadano”, lo cual contribuirá que exista solidaridad entre la ciudadanía en general; de ese modo, la racionalidad de la norma está concebida para que el ciudadano pueda colaborar con la paz social que todos anhelamos.
- No obstante lo último señalado, debe quedar claro que el arresto ciudadano está dado como una facultad y no como una obligación del ciudadano, lo cual significa que puede recurrir a ello solo si considera que esta en condiciones de hacerlo.



NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL COMENTADO,
se terminó de imprimir en la ciudad de Lima
en los talleres gráficos de XP Acabados Gráficos S.A.C.
Jr. Juan Chavez Tueros 1334 Chakra Rios Sur, Cercado de Lima.