



NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

COORDINADORES: ALEJANDER CLAROS GRANADOS Y GONZALO CASTAÑEDA QUIROZ

NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

CÉSAR LANDA ARROYO
 ARSENIO ORÉ GUARDIA
 GRAMPONIA TABOADA PILCO
 MANUEL BERNARDO TABIA
 NELLY RENA VICKY MILLONES PALMADERA
 ESTENIA DIXWETH INFANTE CASTILLO
 CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ
 LUIS MIGUEL REYNA ALFARO
 PEDRO MIGUEL ANGLULO ARANA
 WILLIAM E. ARANA MORALES
 CÉSAR RUBIO AZABACHE
 VÍCTOR CUBAS VILLALBUENA
 LAURENCE CHUNSA HIDALGO
 JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO
 VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA
 OMAR LEVI ROSILLO SÁNCHEZ
 CARLOS MACHUCA FUENTES
 FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA
 JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOSA
 VÍCTOR RAÚL REYES AGUIRADO
 PERCY GARCÍA CAVERO
 REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAR
 ANDRÉS FERNANDO UGAS ZEGARRA
 HAMILTON CASTRO TRIGOSO
 AUGUSTO WÁEDINA OTAZU
 PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
 LUIS SÁNCHEZ FIGUEROA
 JOSÉ ANTONIO WEYRA FLORES
 MANUEL FRISANCHO APARICIO

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
 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 TABIA
 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





NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

COMENTADO

VOLUMEN 2

COORDINADORES: ALEXÁNDER CLAROS GRANADOS Y GONZALO CASTAÑEDA QUIROZ

CÉSAR LANDA ARROYO	JOSÉ DOMINGO PÉREZ GÓMEZ
ARSENIO ORÉ GUARDIA	JUAN CARLOS JIMÉNEZ HERRERA
GIAMMPOL TABOADA PILCO	JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA
MANUEL BERMÚDEZ TAPIA	JUAN ANTONIO ROSAS CASTAÑEDA
NELLY ROSA VICKY MILLONES PALMADERA	MARCO BARRETO GUZMÁN
ESTENIA DOLIVETH INFANTE CASTILLO	ROSA ISABEL FLORES CHÁVEZ
CECILIA MILAGROS LEÓN VELÁSQUEZ	EDUARDO ALCÓCER POVIS
LUIS MIGUEL REYNA ALFARO	WILIAM TIMANÁ GIRIO
PEDRO MIGUEL ANGULO ARANA	MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ
WILLIAM E. ARANA MORALES	ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE
CÉSAR RUBIO AZABACHE	JORGE ROSAS YATACO
VÍCTOR CUBAS VILLANUEVA	FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN
LAURENCE CHUNGA HIDALGO	HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO
JOSÉ DAVID BURGOS ALFARO	OMAR DUEÑAS CANCHES
VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA	JUAN R. HURTADO POMA
OMAR LEVI ROSILLO SÁNCHEZ	PABLO SÁNCHEZ VELARDE
CARLOS MACHUCA FUENTES	JAVIER YSRAEL MOMETHIANO SANTIAGO
FERNANDO IBERICO CASTAÑEDA	LUIS LAMAS PUCCIO
JUAN RODOLFO ZAMORA BARBOZA	RURIK J. MEDINA TAPIA
VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO	CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA
PERCY GARCÍA CAVERO	HESBERT BENAVENTE CHORRES
REYNALDO MARIO TANTALEÁN ODAK	GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA
ÁNGEL FERNANDO UGAZ ZEGARRA	FREDY VALENZUELA YLIZARBE
HAMILTON CASTRO TRIGOSO	PABLO TALAVERA ELGUERA
AUGUSTO MEDINA OTAZU	ROSA MAVILA LEÓN
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO	FIDEL S. ROJAS VARGAS
LUZ SÁNCHEZ FIGUEROA	RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN
JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES	CARLOS ENRIQUE IBARRA ESPÍRITU
MANUEL FRISANCHO APARICIO	ALBERTO HUAPAYA OLIVARES



LEGALES
INSTITUTO



LEGALES
EDICIONES

**NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL
COMENTADO
VOLUMEN 2**

© 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: 978-612-4115-55-4
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
---	----



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 SILDARRIAGA	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	
GIAMMPOL 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

ÍNDICE

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



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	1220
--	-------------

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
---------------------------	------



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 (NCP)	
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 Nº 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



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



Artículo 261. Detención Preliminar Judicial

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:*
 - a) *No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.*
 - b) *El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.*
 - c) *El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.*
2. *En los supuestos anteriores, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento.*
3. *La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecutará de inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias podrá ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos estos casos la comunicación deberá contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado en el numeral dos.*
4. *Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses. Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitorios.*

COMENTARIO 1:

LA DETENCIÓN EN CASO FLAGRANTE DELITO Y EL DERECHO PENAL

EDUARDO ALCÓCER POVIS*

MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política del Estado: artículos 2 inc. 24 lit. 1) y 159 inc. 4.

* Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Universidad Tecnológica del Perú y Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo. Abogado asociado al Estudio Oré Guardia. Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

- Código Penal: artículos 11, 13, 14, 20 incs. 3 y 5, 23, 208 y 377.
- Código Procesal Penal de 2004: artículo 259.

I. APUNTE PREVIO

1. Normalmente, la “detención por flagrancia”¹ es un tema abordado desde la perspectiva procesal y constitucional. Sin embargo, este también puede ser analizado desde el Derecho Penal. Como muestra de ello, planteo las siguientes preguntas: ¿el policía tiene el deber o solo la potestad de detener en flagrancia?, ¿el que detiene debe haber observado que una persona ha realizado una conducta típica, injustificada, culpable y punible?, ¿es posible la detención en flagrancia de una falta?, ¿es posible detener a quien ayuda a otro a cometer un delito cuando se sorprende en flagrancia delictiva solo al “autor” del hecho y no al partícipe?, ¿la accesoriedad de la participación delictiva cumple algún papel en la detención por flagrancia?, ¿desde qué momento se puede detener en flagrante delito?, ¿puede detenerse desde que el sujeto ha empezado a ejecutar la actividad delictiva sin consumarla?, ¿es posible la detención en flagrancia de una persona que ha puesto en riesgo un bien jurídico colectivo o institucional?, ¿solo la situación de urgencia en la intervención policial se presenta en los delitos instantáneos y no en los delitos permanentes?, ¿es posible la detención por flagrancia en caso de delitos de omisión?, entre otras.
2. Como se ha podido apreciar, el contenido de este tema “procesal” no está alejado de lo sustantivo. Ambas ramas se comunican, se integran. A continuación ensayaré algunas respuestas a las preguntas antes formuladas².

1 La palabra flagrante proviene del latín *flagrans, flagrantis*, participio activo de *flagare*: arder. Como adjetivo, la palabra flagrante define a lo que se está ejecutando actualmente. En flagrante: es un modo adverbial que significa “en el mismo acto de estarse cometiendo un delito” y equivale a *in fraganti*. La locución “in crimine” de la que deviene el uso actual de *in fraganti*, resulta antigua, pues ya figuraba en el año 533 en el Código de Justiniano. En España aparece el registro de la palabra flagrante en el año 1444. Moderadamente, se habla de flagrante delito o delito flagrante o simplemente de flagrancia; expresión que alude al “delito que se está ejecutando en el momento que resulta sorprendido el autor”. ANGULO ARANA, Pedro Miguel. “La detención en casos de flagrancia”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 106. Gaceta Jurídica, setiembre de 2002, Lima, p. 34.

2 Los ejemplos planteados en este trabajo se restringen a la llamada flagrancia tradicional, regulada en el art. 259.1 CPP 2004.



II. ANÁLISIS

A) En cuanto al deber del policía de detener ante un delito flagrante

3. El policía tiene el deber de efectuar la detención de las personas cuando estas son sorprendidas flagrantemente en la comisión de algún ilícito penal o luego de haberlo realizado (con los límites que establece la ley³), de lo contrario incurriría en el delito de omisión de deber funcional (artículo 377 CP). Al omitir su deber, el policía vulnera una norma de mandato: coadyuvar con la investigación criminal deteniendo al presunto responsable (la fuente formal de este deber es el art. 159.4 de la Constitución)⁴.

El policía, al aceptar el cargo, asume el deber de colaborar con el órgano persecutor del delito (Ministerio Público), deteniendo a los presuntos delinquentes en los casos en los que observe la comisión de un ilícito penal. Cuando no satisface dicha expectativa de comportamiento, teniendo la capacidad individual de hacerlo, comete un delito.

4. Asimismo, para determinar si un policía ha cometido o no el delito de omisión de deber funcional debe valorarse no solo la existencia de la obligación de detener, sino también verificar si tuvo la capacidad personal de cumplir con el mandato. Y es que para determinar la vulneración de la norma debe tenerse en cuenta que su destinatario (en este caso, el

3 El art. 259 CPP 2004 describe lo siguiente: "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; 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" (según la Ley N° 29569 de 25 de agosto de 2010).

4 En el presente artículo no discutiré acerca del deber del policía de impedir la comisión del delito, dada su vinculación institucional con la Administración Pública, que lo obliga a proteger a la comunidad (la fuente normativa de este deber lo encontramos en el art. 166 de la Constitución). Respecto al deber de impedir la comisión de delitos, ver: PAWLIK, Michael. "El funcionario policial como garante de impedir delitos". En: <<http://www.indret.com/pdf/504.pdf>>.

policía) “esté en condiciones de poder realizar lo ordenado”⁵. Por ejemplo, no es exigible que el policía detenga a un grupo de delincuentes cuando ha sido herido de gravedad por ellos (lesión que le impide caminar). Existe, pues, una imposibilidad física de actuar.

Por otro lado, puede ocurrir que el policía crea erróneamente que concurre en flagrancia. Si es así, entonces nos encontramos ante un supuesto de error de tipo⁶. (Error sobre un presupuesto objetivo de la causa de justificación: ejercicio legítimo de un deber), regulado en el artículo 14, primer párrafo, del CP, cuya consecuencia jurídica es la no punibilidad, en caso de invencibilidad del error, o tornar en imprudente la infracción, en caso de vencibilidad del error (lo que haría no sancionable penalmente el delito de omisión de deber funcional, pues el art. 377, CP, exige siempre el dolo).

Asimismo, debe evaluarse si la “omisión” está justificada. Por ejemplo, un policía sorprende a una persona que está tomada del cuello por otra premunida de un cuchillo. El atacante amenaza con cortarle el cuello a la víctima si es que el policía pretende detenerlo. En esta situación no es exigible que el policía detenga al delincuente a pesar de la flagrancia delictiva, ya que, ponderando intereses o males, el derecho a la vida de la víctima tiene un mayor valor que cualquier bien jurídico colectivo o institucional. Se estaría ante un caso de estado de necesidad justificante (artículo 20.5 CP) que eliminaría la antijuridicidad de la omisión.

5. Además, para determinar si el policía realizó o no un comportamiento desvalorado por el Derecho (riesgo prohibido) al detener a alguien por flagrancia, no basta la existencia del deber y la capacidad individual de cumplirlo, sino también es importante que se tome en cuenta las demás obligaciones que la ley y la jurisprudencia constitucional le imponen, grosso modo: encontrarse en una situación de inmediatez personal e inmediatez temporal⁷.

5 Respecto al efecto comunicativo de la norma, con mayor extensión: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Antijuridicidad penal y sistema del delito. Bosch, Barcelona, 2001, p. 573 y ss.

6 Asumo la teoría restringida de la culpabilidad. Como es sabido, dicha teoría, a diferencia de la teoría del dolo y al igual que la teoría estricta de la culpabilidad, considera que el error de prohibición no excluye el dolo, sino que solo afecta a la culpabilidad, pero entiende que el error sobre [os presupuestos objetivos de las causas de justificación no es un error de prohibición (y, por tanto, restringe el alcance de lo que debe entenderse como error de prohibición, viniéndole de ahí el nombre de teoría ‘restringida’), sino de un error de tipo. Ver: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Universitas, Madrid, 1996, p. 464 y ss.

7 Respecto a los requisitos, el Tribunal Constitucional afirma que para declarar la flagrancia en la comisión de un delito, deben concurrir dos requisitos insustituibles, siendo los



Según el art. 259 CPP 2004, se indica –entre otros– que existe flagrancia cuando “el sujeto”, en un lapso de 24 horas de producida la comisión del hecho punible, es identificado no solo por el agraviado, sino también por algún “testigo del hecho”. De esta manera se deja de lado los criterios de inmediatez personal y temporal. Sin embargo, a fin de evitar la arbitrariedad que se presentaría si es que la detención al “sujeto” se basa solamente en la mera sindicación, el policía debe contrastar dicha información con otros datos que adviertan la vinculación del “sujeto” con el hecho punible y proceder a la detención con un límite temporal de 24 horas.

No debe dejarse de lado que los actos de limitación de derechos realizados por la policía no pueden ser llevados a cabo bajo su libre discreción, sino respetando los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad. Así, las normas que rigen la actividad policial (fuente de deber) no solo se encuentran en la legislación positiva, sino también en los principios que regulan todo acto de la autoridad estatal (fuente de deber suprallegal).

B) El concepto de “delito” en la detención por flagrancia

6. En el art. 2.24.f de nuestra Constitución Política se indica que: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. Sobre este tema, existen numerosos trabajos que explican el término “flagrancia” desde la perspectiva procesal y constitucional; sin embargo, la doctrina poco se ha ocupado de abordar los alcances del concepto “delito” y su relación con esta forma de restricción de libertad. Sin ánimo de “agotar” la discusión sobre el tema, a modo de presentación de la problemática, me ocuparé de ella. A estos efectos, asumiré, desde un inicio, la tradicional concepción de delito, ordenado en base a cuatro categorías: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.

a) La tipicidad

7. El tipo penal es la descripción legislativa de la conducta criminal y de la pena. La tipicidad es la subsunción de la conducta analizada en el tipo

siguientes: 1. La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes. 2. La inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo. Ver: STC Exp. N° 2096-2004-PHC/TC, Exp. N° 4557-2005-PHC/TC, Exp. N° 9724-2005-PHC/TC y Exp. 1923-2006-HC/TC, entre otros.



penal. Del tipo penal se extraen las normas o mensajes que el legislador dirige a los ciudadanos (normas de prohibición o de mandato) mediante los cuales se les determina a realizar diversas conductas⁸.

8. Ahora bien, cuando se establece que el policía tiene el deber de detener en caso de flagrante delito, en realidad lo que se quiere decir, en primer lugar, es que se detuvo a una persona en el momento de la comisión de la conducta típica: el hecho. El policía *ex ante* valora lo que observa, le da un sentido (criminal) al hecho. Solo así se puede decir que inicialmente el sujeto ha vulnerado una norma de determinación (prohibición o mandato). Esta primigenia imputación es uno de los fundamentos de este tipo de detención.

En otras palabras, el mero dato fáctico no es suficiente para detener legítimamente a una persona en “flagrancia”, es primordial que el policía evalúe el hecho y lo considere –en principio– típico, que se haya infringido una norma, por ejemplo, pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito (lo fáctico), constituye por sí misma el elemento objetivo que configura la situación delictiva es erróneo pues que todas las personas situadas alrededor del “detenido”, sin haber realizado conducta delictiva alguna, también serían pasibles de detención. El Tribunal Constitucional consideró, con base en estas ideas, ilegítima la detención de “todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, [pues ellas no] estarían inmersas en la pretendida flagrancia” (STC Exp. N° 1324-2000-HC/TC). Es fundamental que la conducta sea considerada, en virtud de un razonamiento inicial, típica.

“El mero dato fáctico no es suficiente para detener legítimamente a una persona en ‘flagrancia’, es primordial que la policía evalúe el hecho y lo considere, prima facie, típico, es decir, que se haya infringido una norma”.

9. Y cuando se habla de “tipicidad” se alude a la vertiente objetiva. De lo contrario, la detención de una persona basada en lo puramente subjetivo, llevaría a avalar la detención por sospecha; como sucedió en la STC Exp. N° 1923-2006-HC/TC, mediante la cual se consideró legítima

8 Ver más en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas”. En: *Moderas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología*. UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575.



la detención de una persona por el solo hecho de haber acudido –al aeropuerto– a despedir a un supuesto traficante de drogas. Erróneamente, el TC consideró que esa sola circunstancia “revelaba un aparente conocimiento de la carga ilícita que se portaba”.

10. Por otro lado, ¿se debe detener en flagrancia en comisión por omisión de un hecho delictivo? ¿La detención por flagrancia alcanza a los partícipes del hecho criminal? Responderé estas preguntas a partir del siguiente ejemplo: un policía observa que una persona (cuya cara está cubierta por un “pasamontaña”) ingresa –por el techo– a una casa ajena. También observa que dos personas –que trabajan como “seguridad” en dicha urbanización vecinal y que poseen armas– están cerca al lugar de los hechos y no hacen nada para evitar el acto criminal, siendo “testigos” de este. ¿A quiénes debe detener el policía?

En el caso planteado, considero legítima la detención de quien ingresa a la casa de otra persona, pues vulneró la norma de “no penetrar casa ajena” (artículo 159 CP) y también, de ser el caso, porque empezó a vulnerar la norma de “no hurtar en domicilio ajeno” (artículo 186.1 CP). Se trata de una conducta comisiva de corte criminal (percibido de modo inicial).

¿Se debe detener a los trabajadores de “seguridad”? Considero que sí. Y es que mediante su “omisión” contribuyeron a la realización del acto criminal, teniendo la obligación de impedir el hecho (artículo 13 CP, que regula los delitos cometidos mediante omisión impropia). Los datos expuestos en el ejemplo (eran dos personas y poseían armas), nos permite concluir que tenían la capacidad personal de evitar el riesgo y no lo hicieron. En principio, se les podría imputar la complicidad por omisión de los delitos expuestos en el párrafo anterior⁹.

La detención del partícipe debe también estar regida por los principios de inmediatez personal y temporal. El policía debe efectuar una doble valoración: no solo debe observar que el partícipe ha realizado la (su) conducta típica (auxiliar o determinar a otro a cometer un delito), sino también que el autor haya empezado a ejecutar el hecho criminal. Solo así la detención será legítima.

9 Sobre la complicidad omisiva: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Delitos impropios de omisión. 2ª edición, Bogotá, 1983, p. 72 y ss. Para otros, se trata de una forma de coautoría: STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte general. 1. El hecho punible. Trad. de la 2ª edición alemana por Gladys Romero. Madrid, 1982, p. 316 y ss.

11. ¿Es legítima la detención en “flagrancia” por la comisión de un delito culposo? Nuevamente planteo un ejemplo: un funcionario público, de modo negligente, no vigila el dinero “público” que administra, permitiendo que un tercero se apropie de él.

Al respecto, en el artículo 259 CPP se afirma que procede la detención en flagrancia cuando el agente “1. (...) es descubierto en la realización del **hecho punible** (...); 2. (...) Acaba de cometer **el hecho punible** y es descubierto; y 3. (...) ha huido y ha sido identificado durante o inmediatamente después de la perpetración del **hecho punible** (...)”.

En principio, el CPP utiliza el término “**hecho punible**”, el que –según el art. 11 CP– es definido como “(...) las acciones dolosas o culposas penadas por la ley”. De tal manera que, normativamente, las infracciones penales cometidas a modo de culpa sí pueden ser presupuestas para la detención de una persona que las realiza de modo flagrante.

Por otro lado, no sería correcto exigir que el policía ingrese a la “cabeza del agente” a fin de evaluar sus intenciones. La flagrancia supone que el policía percibe y valora un determinado suceso: lo externo. Resulta imposible evaluar, de inmediato, lo “interno”.

Ahora bien, a propósito del caso planteado supra, en teoría, si el policía advierte la comisión de un acto delictivo debe detener al presunto responsable. En el caso de un delito culposo, desde el plano objetivo, se debe conocer no solo que la persona tiene un deber y que lo infringió (infracción a un deber objetivo de cuidado), sino también que en determinados contextos de especial regulación (como el del Derecho Público), las posibilidades de advertir la infracción de las normas que los regulan, disminuyen, por lo tanto, se hacen menos frecuentes –en estos casos– las detenciones por flagrancia¹⁰.

b) Las causas de justificación

12. Como se dijo antes, la tipicidad permite establecer que la conducta realizada por el autor es prohibida u ordenada por la norma. Ahora bien, las causas de justificación nos ayudan a sostener que dicha conducta es permisible por el ordenamiento jurídico al tutelarse intereses superiores. Si bien ambas categorías tienen una autonomía conceptual, lo

¹⁰ Lo contrario sucede en los frecuentes casos de accidentes de tránsito provocados por conductores ebrios. La modalidad culposa del comportamiento es objetivamente verificable, por lo que las detenciones por flagrancia son comunes.



cierto es que normativamente forman parte de una sola: el injusto, que expresa un juicio global del hecho (un hecho típico no es suficiente para considerarlo como penalmente relevante, es necesario que no esté permitido).

13. En esa línea, el tipo no se agota con la descripción del supuesto de hecho prohibido u ordenado, pues también incluye la descripción de los presupuestos objetivos de la causa de justificación¹¹. A ello se le denomina: tipo del injusto.
14. Dicho esto, para considerar que una detención en “flagrancia” es legítima es necesario que el policía haya advertido que la conducta del agente sea típica (tipo del injusto: tipicidad y causa de justificación). Planteo el siguiente caso: una persona dispara y mata al agresor de su novia cuando esta estaba siendo violada sexualmente. ¿El policía –quien llegó al lugar de los hechos en el momento del acto de defensa– debe detener a quien disparó? ¿Acaso no es evidente que se actuó en legítima defensa de terceros?

En el caso planteado sería erróneo considerar, conforme al Derecho, la detención que el policía pudiera haber practicado al defensor habiendo observado que actuó en defensa de un tercero: su novia (artículo 20.3 CP, que regula la legítima defensa)¹². En ese orden de ideas, la finalidad cautelar de la detención por flagrancia reduce la exigencia a la comprobación del tipo objetivo del injusto.

c) La culpabilidad

15. Me restringiré a la imputabilidad, por ejemplo, un policía observa a un joven de 16 años en el momento que sustrae un celular a una mujer ¿El policía debe detenerlo? Consideramos que sí debe detenerse al adolescente. La culpabilidad (como categoría jurídica) está regida por normas secundarias, dirigidas a la autoridad estadual a efectos de imponer la sanción (también se le conoce como “normas de sanción”). Hasta aquí

11 MIR PULIG, Santiago. Introducción a las bases del Derecho Penal. 2ª edición. Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 55. Sostiene que “(...) las proposiciones jurídicas en las que se prevén las causas de justificación no constituyen normas independientes, sino disposiciones auxiliares, limitadoras del imperativo formulado por las proposiciones jurídicas que encierran los tipos de delito. La norma penal completa se forma de la puesta en relación del tipo (positivo) y la causa de justificación”.

12 En el caso planteado, en virtud del art. 68 CPP, el policía –dando cuenta al fiscal– puede citar al joven a fin de que rinda su declaración.



uno podría concluir que dichas normas, por su naturaleza, no influyen en la legitimación de la detención por flagrancia. Sin embargo, debe tenerse en cuenta lo siguiente: la detención en flagrancia de un adolescente es permitida por el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 185), pues es mayor de 14 años y pasible de una sanción penal (medida socioeducativa). A un niño (menor de 14 años) no se le debe detener.

“La detención en flagrancia de un adolescente es permitida por el Código de los Niños y Adolescentes (artículo 185), pues es mayor de 14 años y pasible de una sanción penal (medida socioeducativa).”

16. El legislador ha impuesto este límite (edad de 14 años) a efectos de legitimar las posibilidades de detención en caso de flagrancia. Por ello, considero que la imputabilidad, exigida para la sanción penal, se flexibiliza en los casos de detención por flagrancia.

d) La punibilidad

17. Constatado que un hecho es antijurídico y que puede ser imputado o atribuido jurídicamente a su autor, es natural que se aplique la consecuencia jurídica prevista, es decir, la imposición de una pena. Esto porque la realización de un injusto culpable colma la exigencia de merecimiento de pena. Sin embargo, existen casos en los que por razones de política criminal resulta aconsejable renunciar a la sanción penal, esto porque no se constata la necesidad de la pena.
18. En este sentido, se habla de punibilidad como un estadio posterior –ajeno a la antijuricidad y culpabilidad– en el que el legislador exigirá adicional y excepcionalmente ciertos requisitos para imponer una pena. Estos casos son fundamentalmente dos: las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias.
 - Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias o requisitos relacionados con el hecho. Aquí, el legislador añade elementos que no pertenecen al injusto y cuya concurrencia condiciona la punibilidad, por ejemplo, las cuantías en algunos delitos, como el contrabando (Ley N° 28008, de los delitos aduaneros, que exige que la mercancía tenga un valor superior a 2 UIT) y en el hurto (artículos 185 y 444 CP, de los cuales se infiere que la conducta es delictiva si el valor del bien mueble sustraído supera el monto de una remuneración mínima vital).



- En cuanto a las excusas absolutorias, estas son circunstancias o requisitos directamente relacionados con la persona del autor, que llevan al legislador a considerar que si bien se está ante un comportamiento antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Son de carácter personal, con lo que solo excluyen la punibilidad en aquellos intervinientes en quienes concurren, por ejemplo, lo regulado en el art. 208 CP (en caso de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre parientes).

19. Dicho esto, expongo el siguiente caso: un policía observa que un joven de 20 años sustrae (sin violencia ni amenaza) un celular a una mujer. El celular tiene un valor en el mercado de 400 soles, ¿el policía lo debe detener?

Considero que sí. Si bien no se cumple con la condición objetiva de punibilidad exigida para considerar al hurto como delito (el valor del bien mueble es de 400 soles, es decir, menor al monto de una remuneración mínima vital que es de 600 soles). Sin embargo, la categoría de la punibilidad no es exigible para legitimar la detención en flagrancia, sino para la sanción.

Basta que se haya realizado un injusto atribuible al autor. De allí que es también legítimo detener a una persona que ha sido vista cometiendo una falta (ubicada en el Libro Tercero del CP), pues se entiende que lo que ha pretendido el legislador no es determinar un concepto tradicional de “delito” (cuatripartito), sino darle una acepción que permita la detención de todo comportamiento con relevancia penal [infracción penal o hecho punible, ver art. 11 CP: “Son delitos o faltas (...)”].

¿Se seguiría considerando legítima la detención si estando en la Comisaría se conoce –por confesión– que ambos eran familiares (hijo-madre), por lo que el hecho está abarcado por la excusa absolutoria del art. 208 CP? La respuesta es la misma. En este caso también se presenta un hecho con apariencia delictiva, por lo que la detención realizada fue legítima. La excusa absolutoria le “perdona” la pena al sujeto activo del hecho, pero no limita las posibilidades de detención por flagrancia.

C) Otros temas problemáticos

20. Un tema interesante a tratar es la diferencia entre actos preparatorios y ejecución. Esta diferencia es importante, porque solo será legítima la detención de una persona que haya empezado a ejecutar la conducta



típica¹³. Si es que se encuentra preparando su plan entonces la detención será abusiva, por ejemplo, detener a alguien cuando va a comprar un cuchillo.

21. Otro de los requisitos a valorar para determinar la legitimidad de la detención por flagrancia es la “urgencia” de la intervención policial. Al respecto, en la STC Exp. N° 3691-2009-HC/TC se indica lo siguiente: “La intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la extrema urgencia” (el resaltado es nuestro).

En la sentencia se afirma que la intervención “urgente” –a la que se hace referencia en los supuestos de “flagrancia”– se justifica en los delitos instantáneos. Claro está –aquí mi opinión– solo en los casos en que el agente haya empezado a “ejecutar” el hecho delictivo. De lo contrario, si nos encontramos en la etapa preparatoria de un delito instantáneo, no se presentaría tal situación de “urgencia”, por lo que la detención resultaría ilegítima.

Asimismo, no estimo correcto considerar que la urgencia “decae” en los casos de delitos permanentes. Al contrario, la urgencia (tanto para evitar la vulneración del bien jurídico como para la aprehensión del sujeto en los casos en que se cumplen los requisitos de la flagrancia) es latente. Y es que, como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica

13 Como apunta el profesor Iván Meini “la flagrancia es un concepto que, por un lado, abarca el momento en que el autor o los partícipes están cometiendo el delito, lo que incluye a todos los actos punibles del *iter criminis*. De ahí que los actos de inicio de ejecución (aquellos posteriores a los actos de preparación y con los cuales empieza la tentativa) son actos que también quedan abarcados por el concepto de flagrancia. La razón es hasta cierto punto obvia: los actos de inicio de ejecución, a diferencia de los actos de preparación, son ya punibles de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal. Aquellos actos realizados inmediatamente después de la consumación del delito deben ser igualmente incluidos en la flagrancia (...)”. MEINI MÉNDEZ, Iván. “Procedencia y requisitos de la detención”. En: *La Constitución comentada*. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, p. 294.



se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por lo tanto, la vulneración del bien jurídico persiste en el tiempo, lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar que se siga realizando el actuar delictivo cuya comisión es evidente; asimismo, la necesidad de detenerlo pervive mientras dure el estado antijurídico.

Por ejemplo, en el caso del secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima. Así, en el supuesto de que la policía advierta con certeza que una persona está secuestrada en una casa, no es necesario solicitar y esperar una respuesta de la autoridad judicial para ingresar al inmueble, rescatar a la víctima y detener a los responsables. Dicha autoridad puede (capacidad individual de evitar riesgos) y debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables. Se actúa en ejercicio legítimo de su deber. Al respecto, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional regula lo siguiente. “La finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia (...)”. El fundamento normativo del deber de detención lo vimos al inicio del presente trabajo.

22. En cuanto a la “naturaleza” jurídica de los bienes jurídicos, la detención por flagrancia no se limita solo a los casos en los que se pone en riesgo o lesiona un bien jurídico individual, por ejemplo, mencionando los casos que plantea el TC en la sentencia anterior (tenencia ilícita de armas, tenencia ilícita de drogas y de efectos del contrabando); más allá de que lo vulnerado sean bienes jurídicos de carácter colectivo (seguridad pública y salud pública, respectivamente) e institucional (correcto funcionamiento de la administración tributaria), lo cierto es que la ley (artículo 259 CPP 2004) no hace distinciones: se refiere a la detención de flagrante “delito”. Aunque es común que los ejemplos tradicionales de detención en flagrancia describan casos de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos individuales, lo cierto es que el Derecho Penal propio de un Estado Social y Democrático de Derecho no debe restringir los supuestos de detención en flagrancia a un grupo de delitos, sino debe ampliarse a todos los que nuestro ordenamiento desvalora. Detención que se dará, como se dijo, en los casos en los que concurran otros requisitos de la flagrancia (inmediatez temporal y espacial, por ejemplo).

En otras palabras, si se cumplen los requisitos de la flagrancia, no resulta relevante si nos encontramos ante un delito instantáneo (siempre que el agente haya empezado a ejecutar su plan criminal) o permanente; en ambos casos, se exige el deber que tiene la Policía de tutela de bienes jurídicos.

23. Por otro lado, ¿cuándo es legítima la detención en flagrancia de un “autor mediato”? Expongo un caso: se detiene a una persona bajo el alcance de la “flagrancia”, por la presunta comisión de delitos “contra el patrimonio (hurto agravado), contra la tranquilidad pública y contra la seguridad del Estado”. La detención se realizó por su “condición de dirigente del paro regional que se llevó a cabo entre el 7 y el 9 de julio de 2008, que causó el incendio de la sede del Gobierno Regional de Madre de Dios (...) fue detenido veinticuatro horas después del incendio y saqueo de las instalaciones del Gobierno Regional y que por su capacidad de convocatoria sobre quienes ocasionaron los daños, debía ser investigado” (STC Exp. N° 5423-2008-PHC/TC, caso Segundo López). El TC resolvió que “la detención en flagrancia por autoría mediata por dominio del hecho carece de fundamento dado que no se cumple con los requisitos de inmediatez temporal y personal exigidos por este Tribunal Constitucional”.

La autoría mediata tradicional (artículo 23, CP) supone la utilización de un tercero (no responsable) para la comisión de un delito. Por otro lado, una forma especial de autoría mediata es la “autoría por dominio de organización” que supone que el agente es jefe de una organización criminal asociada para cometer permanentemente delitos. En estricto, sus presupuestos son: a) que exista una organización delictiva orientada a cometer delitos; b) que el aparato de poder opera al margen del ordenamiento jurídico; c) que los ejecutores sean fungibles; y d) que exista una rígida jerarquía. El autor mediato no realiza la acción criminal, se entiende que dicha conducta es ejercida por un tercero¹⁴. Como se observa, toda forma de autoría mediata, por dominio de la organización, no cumple con el requisito de la inmediatez personal, por lo que la detención por “flagrancia” será una detención por sospecha¹⁵.

14 Ver más en: PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización. Consideraciones sobre su fundamentación y aplicación. Lima, 2009, pp. 19-44.

15 A menos que se cumplan los requisitos de las otras formas de flagrancia.



III. REFLEXIÓN FINAL

24. Hoy en día, está claro que el tradicional divorcio entre penalistas y procesalistas debe superarse, pues, en la práctica, resulta ser un punto de partida disfuncional, en términos político-criminales (para la persecución eficaz del delito), como dogmáticos (tratamiento uniforme de los casos)¹⁶. Es necesario darle al Derecho Penal un sentido integral¹⁷. Quienes estamos vinculados al estudio y a la práctica del Derecho estamos obligados a orientar nuestro trabajo hacia esa perspectiva unificadora. En esa línea, a modo de aproximación, se ha visto en este trabajo, que la “detención por flagrancia” no es solo un tema procesal o constitucional, sino también penal.

-
- 16 Ver más en: RAGUÉS I VALLES, Ramón. “Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal: Hacia una visión integrada”. En: *Anuario de Derecho Penal. Reforma del proceso penal peruano*. Lima, 2004, p. 144.
- 17 FREUNDT, Georg. “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho Penal”. En: *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. WOLTER, Jürgen y FREUNDT, Georg (eds.). Madrid/Barcelona, 2004. p. 126. Considera por sistema integral del Derecho Penal no solo el Derecho Penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho Procesal Penal como auténtico campo de aplicación de los dos anteriores, pues el Derecho sustantivo solo puede acercarse a la realidad por medio de un proceso y las modificaciones que este comporta.

COMENTARIO 2:

**CADUCIDAD DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR Y OPORTUNIDAD
PARA REQUERIR LA PRISIÓN PREVENTIVA**

WILLIAM TIMANÁ GIRIO*

I. INTRODUCCIÓN

Martha denuncia ante la Fiscalía a su cuñado Jorge, por el delito de violación sexual, informando que este forzó a su hija Zully de 15 años de edad a tener relaciones sexuales con él en varias oportunidades al punto de embarazarla. Zully pasó el reconocimiento médico legal que confirma su estado de gravidez, y en su declaración sostiene que el autor del embarazo es su tío Jorge.

En mérito de dichas diligencias preliminares, el fiscal solicita la detención preliminar del denunciado. El pedido es amparado por el juez de la investigación preparatoria de turno, ordenándose la detención de Jorge. Sin embargo, la policía no logra capturarlo. El fiscal emite la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria que es comunicado al juez respectivo, y cuando ya han transcurrido más de dos meses desde dicha formalización, presenta un requerimiento de prisión preventiva contra Jorge. A la audiencia de control de la prisión preventiva, no se presenta el imputado, pero su abogado defensor sostiene que es cierto que Jorge ha sostenido relaciones sexuales con su sobrina Zully, pero añade que dichas relaciones fueron consentidas por ella, explicando que la supuesta víctima, en su declaración, en ningún momento ha hecho alusión de que Jorge la haya agredido física ni psicológicamente, y que en el certificado médico tampoco se consigna algún tipo de lesión. En su intervención, el fiscal no logra refutar tales argumentos. El juez entonces debe resolver el pedido, surgiendo varias cuestiones. Si el juez considera que el requerimiento de prisión preventiva es procedente, ¿debe dejar sin efecto la orden de detención preliminar? O por el contrario, si decide no amparar la medida solicitada, y rechazar el requerimiento de prisión preventiva, ¿también debe dejar sin efecto la detención preliminar? E incluso podríamos hacernos preguntas que van más allá, si el fiscal no solicitó la prisión preventiva cuando informó de la formalización de la investigación, ¿el juez debió dictar la comparecencia simple o dicha com-

* Juez de investigación preparatoria de Barranca del distrito judicial de Huaura.



parecencia se sobreentendía implícitamente? En tal caso, sea que la comparecencia simple fuera explícita o implícita, ¿tiene dicho mandato algún efecto sobre la orden de detención preliminar? Mejor dicho, ¿la orden de detención preliminar debe o no levantarse? Estas y otras preguntas, vinculadas, tratarán de ser dilucidadas en el presente artículo.

II. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN PRELIMINAR

Como enseña Arsenio Oré¹, dependiendo de la importancia que una sociedad concede a los valores de libertad o de seguridad, surgen tres modelos de coerción personal: garantista, eficientista y preventivismo radical, de los cuales el que ha adoptado el legislador peruano es el garantista. Pero ¿qué es el garantismo? Luigi Ferrajoli² designa como tal al modelo normativo de derecho que en el plano político supone una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad, y en el plano jurídico, el garantismo implica un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva. En resumida cuenta, ello importa que el poder coercitivo del Estado, cuando se limita o restringe la libertad, tiene límites, siendo necesario reconocer la supremacía del derecho a la libertad, y que las medidas de detención preliminar o prisión preventiva, son más bien excepcionales.

Todas las medidas que limitan o restringen derechos fundamentales –léase medidas de coerción– están sujetas a determinadas garantías para evitar que devengan en arbitrarias³. Una de dichas garantías es la adecuación a sus fines; es decir, el mandato judicial debe sustentarse en la finalidad de la medida de coerción específica que se dicte:

En el ejemplo citado, el fiscal solicitó la detención preliminar de Jorge, porque quería evitar su fuga⁴, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 261

- 1 Planteamiento que realizó en su exposición del 18 de mayo del 2006, en el evento denominado “Derecho Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.
- 2 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trota. Madrid, 1989, p. 852.
- 3 También el artículo 9 del Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos prevé que todo individuo tiene derecho a la libertad, y que nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitrarias.
- 4 Las medidas de coerción personales tienen dos presupuestos: a) *Fumus delicti comissi* –aparición de la comisión del delito reflejado en la suficiencia indiciaria–, y b) *Periculum in mora* o peligro procesal de fuga.

del Código Procesal Penal. Pero, ¿para qué el fiscal quería evitar la fuga de Jorge? Podemos ensayar algunas respuestas:

- **Para que cumpla su castigo como violador.** El “castigo” no sería otro que la pena de prisión (solo si la pena la entendemos como retributiva), pero debe descartarse, porque todavía no existe una sentencia condenatoria, y sin condena no hay pena que se pueda ejecutar.
- **Para asegurar su presencia en el proceso.** El proceso penal, por lo general, tiene varios meses de duración, por ejemplo, solo la etapa de investigación preparatoria puede durar hasta cuatro meses. La detención preliminar en cambio es provisionalísima, caracterizada por su brevedad y limitación temporal, por lo que no podría asegurar la presencia del imputado durante más tiempo que por solo las 24 horas que dura esta o hasta siete días en caso de convalidación (salvo los quince días para los delitos de tráfico ilícito de drogas, tráfico de armas, etc.), por lo que también se descarta.
- **Para que esté presente en alguna diligencia determinada.** Por la corta duración de la detención preliminar, lo más lógico es que esta se emplee para llevar a cabo un acto procesal específico, entendiéndose que dicho acto o diligencia requiera la presencia física del imputado. Si no fuera así, no se justificaría la detención.

El Código Procesal Penal no establece cuáles son las diligencias que requieren la presencia del imputado, de allí que tendremos que recurrir a la jurisprudencia. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha establecido que la detención es una medida de naturaleza estrictamente cautelar, esto es, evitar la posibilidad de fuga o elusión de los efectos de la justicia⁵, añadiendo que su función es “(...) tanto asegurar a la persona del imputado cuanto asegurar la futura aplicación del *ius puniendi* mediante la realización inmediata de actos de investigación urgentes e inaplazables –por ejemplo, y en la perspectiva de individualizar a los responsables del hecho delictivo e impedir además el ocultamiento y destrucción de huellas o pruebas del delito: interrogatorio, reconocimientos, pericias forenses–”.

De esa misma sentencia se puede inferir que el fin de aseguramiento personal del imputado está compuesto por dos elementos que deben quedar bien definidos:

- La presencia del imputado es **necesaria**.

5 Casación N° 01-2007 del 27 de julio del 2007.



- Realizar con el concurso de aquel actos de investigación y de aseguramiento inaplazables o urgentes.

Esos actos de investigación serían, como se menciona en el ejemplo de la sentencia del TC, los interrogatorios, reconocimientos y pericias forenses. Con respecto a los interrogatorios manifestamos nuestro reparo: el imputado no tiene el deber de declarar, la declaración es más bien un derecho, siendo facultativo el que declare u opte por el silencio como se establece en el artículo 71 numeral 2) literal d) del Código Procesal Penal; es más, el artículo IX segundo párrafo del CPP proscribire la posibilidad de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, por lo que debe desestimarse la detención para alcanzar tal fin. En cuanto al reconocimiento en rueda y las pericias forenses –como la extracción de muestras biológicas al imputado–, no basta con que sean actos de investigación que necesitan la participación del imputado, sino que se requiere que dichas diligencias deben ser urgentes e inaplazables, solo así se justificaría la detención. Cuando no sea urgente o inaplazable, la presencia del imputado se podría garantizar con la conducción compulsiva, que no solo es menos aflictiva, sino que la puede ordenar el propio fiscal sin recurrir al juez. Por supuesto que la conducción compulsiva tiene un requisito formal previo e ineludible: la citación previa, esto es, que solo se puede ordenar cuando el imputado no ha concurrido a una primera citación, requisito este que no se exige para la detención preliminar.

Pero los fines de la detención preliminar no se agotan con los casos mencionados, sino que también permiten asegurar la ejecución de otra medida mucho más intensa como lo es la prisión preventiva, tal como sugiere el chileno Julián López⁶. Para que se instale la audiencia de prisión preventiva no es necesaria la presencia del imputado, pues la ley no ha previsto tal requisito, como ya se ha pronunciado la Corte Suprema⁷, lo que a su vez a llevado a considerar que el imputado puede estar detenido o no. No hay que ser un experto para percatarse de que la ejecución de las medidas de prisión preventiva son más eficaces en los casos en que el imputado se encuentra detenido respecto de aquellos que no lo están, puesto que en los casos de imputados libres, en su gran mayoría, estos no solo no acuden a la audiencia sino que, enterados del mandato, optan por ocultarse para eludir la justicia. En ese sentido, el fiscal si quiere asegurar que una futura medida de prisión

6 En Chile, la institución equivalente a la detención preliminar de nuestro país es la detención imputativa. LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal chileno*. T. I, p. 364 y ss.

7 Casación N° 01-2007.



preventiva se ejecute, previamente debe procurar que se le detenga, claro está, siempre que se cumplan los presupuestos de la suficiencia indiciaria y el peligro procesal de fuga.

III. OPORTUNIDAD PARA SOLICITAR LA DETENCIÓN PRELIMINAR

El Código Procesal Penal no es explícito respecto al momento en que el fiscal puede requerir la detención preliminar al juez. Por el contrario, su antecedente inmediato, el artículo 2 de la Ley N° 27934⁸, sí lo es, y establece que el fiscal o policía puede solicitar la medida antes de iniciarse formalmente la investigación.

Consideramos que el Código Procesal Penal sigue la misma corriente, si tomamos en cuenta que, al igual que la justificación de la detención, también las diligencias que se practican en la fase preliminar son las urgentes e inaplazables, como correctamente se prevé en el artículo 330.3 del CPP, reforzándose nuestra posición con la propia nomenclatura empleada: **detención preliminar**.

IV. DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS IMPUTADOS AL INICIARSE EL PROCESO PENAL

El momento del pronunciamiento de la situación jurídica de la libertad del imputado no revestía mayor dificultad en el Código de Procedimientos Penales (C. de PP), puesto que en forma expresa el artículo 79 del citado cuerpo normativo establecía que el juez penal debía dictar la medida que correspondiese (comparecencia o detención preventiva) al emitir el auto de apertura de la instrucción. En cambio, en el CPP 2004, no existe una fórmula similar o equivalente.

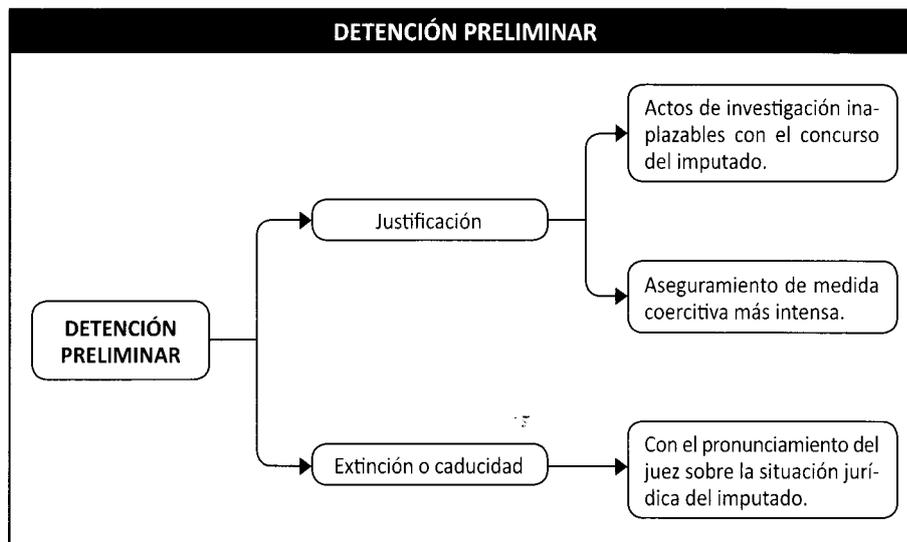
Para resolver ello, partimos afirmando que los estados de incertidumbre no tienen lugar en un modelo procesal penal garantista y que, por el contrario, las partes tienen derecho a ser informadas sobre los pormenores del proceso desde que esta nace. En el caso específico del imputado, el derecho a ser informado de los cargos se prevé en el artículo IX del Título Preliminar del CPP de 2004, derecho que incluye el conocer cuál es la situación jurídica que tendrá en tanto dure el proceso, mejor dicho, cuál es su condición, ¿estará libre, tendrá restricciones o se le privará de su libertad? Por supuesto

8 Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito. Este cuerpo normativo regula la detención preliminar judicial para los lugares donde aún no entra en vigencia el Código Procesal Penal.



que dicha información se le debe proporcionar con la primera notificación, que por lo general es de la resolución que da cuenta de la comunicación de la formalización de la investigación preparatoria. Entonces, el deber del juez para pronunciarse sobre la situación jurídica del imputado nace cuando el fiscal ejercita la acción penal, sea mediante la comunicación de la formalización de la investigación preparatoria, con el requerimiento de acusación directa o con el requerimiento de proceso inmediato.

En el ejemplo citado de Jorge, con la emisión de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, el fiscal no ha ejercitado aún la acción penal, puesto que para ello se requiere la participación jurisdiccional, lo que se producirá recién cuando el fiscal se lo comunique al juez de la investigación preparatoria. Pues bien, una vez realizada dicha comunicación, el juez debe pronunciarse, es ese el momento en que debe determinarse la situación jurídica del encausado.



V. TAXATIVIDAD DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL IMPUTADO

De las tres medidas que se pueden adoptar –la prisión preventiva, la comparecencia restrictiva y comparecencia simple–, no existe mayor dificultad en admitir que las dos primeras se pueden imponer solo a solicitud de parte, no existen mayores dificultades en aceptar que se trata de medidas de coerción que solo se imponen a solicitud de la parte legitimada (principio rogatorio) como se establece en el artículo VI del Título Preliminar del CPP. El

problema se va a suscitar respecto al mandato de comparecencia simple que, según nuestro punto de vista, debe ser establecido como tal en cada caso en que el fiscal no plantea ni la prisión ni la comparecencia restrictiva (también cuando a pesar de haberse planteado algunas de estas dos medidas, no se logran justificar en la audiencia), en forma obligatoria y expresa.

En contra de nuestra posición existen varios cuestionamientos:

- a) La comparecencia simple como medida de coerción no puede ser decidida de oficio por el juez, sino a solicitud del fiscal.
- b) El Código no establece la obligatoriedad para pronunciarse por la comparecencia simple, por lo que no es necesario que el juez lo haga, y en todo caso, ello es implícito.

Respecto a lo primero, debemos recordar que una medida de coerción para ser tal debe contener una restricción o limitación de un derecho fundamental, como se infiere del artículo 253 del CPP de 2004, restricción que debe ser expresa por el principio de legalidad. Pero la comparecencia simple no contiene ninguna restricción, no limita ningún derecho sustancial del imputado, con lo que se descarta que tenga la naturaleza jurídica de una coerción, y ello a su vez desbarata el argumento del impedimento.

En cuanto al segundo aspecto, es verdad que en forma expresa el Código Procesal Penal no prevé que el juez debe pronunciarse sobre la comparecencia simple cuando no se solicitan las otras dos medidas –prisión preventiva o comparecencia restrictiva–, pero dicho deber sí se infiere si analizan otras instituciones procesales, especialmente las relativas a las garantías procesales de los imputados. Recuérdese que el imputado tiene el derecho a ser informado de su situación jurídica desde que se inicia el proceso una vez incoada la acción penal, que a su vez es expresión del derecho a defensa reconocido en el artículo 139 numeral 14 de la Constitución Política del Estado. En ese sentido, sí existe un deber del juez de pronunciarse sobre la situación jurídica del imputado desde que se ejercita la acción penal, y si no existe otro requerimiento con limitaciones o restricciones, el juez deberá pronunciarse por la comparecencia simple.

Ahora bien, ¿dicha comparecencia se presume? ¿es insoslayable que el juez se pronuncie en forma expresa o dicha comparecencia simple se sobreentiende (implícito)? Considero que para evitar cualquier duda o confusión es necesario que la comparecencia simple no se presuma sino que se establezca en forma taxativa, así se garantizará con mayor exactitud el derecho a información que tiene el encausado. Esta precisión será re-



levante para determinar los efectos de dicha medida, y que estudiaremos líneas abajo.

VI. LA COMPARECENCIA SIMPLE Y LA DETENCIÓN PRELIMINAR

En el ejemplo citado en el exordio de este artículo, el fiscal obtuvo del juez de la investigación un mandato de detención preliminar contra Jorge, que no se llegó a ejecutar por la fuga de este, varios días después formalizó la investigación preparatoria, y recién luego de dos meses planteó la prisión preventiva. En el orden de ideas que hemos desarrollado hasta ahora, hemos concluido que la situación jurídica del imputado debe ser definida por el juez apenas se ejercita la acción penal. En el caso expuesto, al comunicarse la formalización de la investigación, no se hizo ningún requerimiento, ergo, el juez debió pronunciarse por la comparecencia simple.

La comparecencia simple importa no tener ninguna medida de coerción personal. La detención preliminar es una medida de coerción personal, y por ese solo argumento basta para que sea dejado sin efecto por el juez cuando se pronuncia por la comparecencia, pero además debemos añadir que como ya quedó establecido en el punto uno del presente artículo, las finalidades que persigue la detención preliminar respecto a las diligencias urgentes e inaplazables, se dan solo en la fase preliminar, y respecto a la otra finalidad de garantizar una medida más aflictiva, también se descarta por la sencilla razón de que esta otra medida más intensa tampoco fue solicitada por el fiscal. Entonces, si las finalidades que justificaban la detención preliminar no se pueden alcanzar en la etapa de la investigación preparatoria, podemos concluir en que la detención preliminar no se justifica en alguna otra etapa que no sea la fase preliminar. Entonces, una vez que se ejercita la acción penal, y no se solicita la prisión preventiva, el mandato de detención preliminar se extingue, cesa en sus efectos, o lo que es lo mismo, caduca.

VII. OPORTUNIDAD PARA PLANTEAR LA PRISIÓN PREVENTIVA

Volviendo a nuestro ejemplo, tenemos que el fiscal pidió la prisión preventiva de Jorge después de dos meses de comunicada la formalización de la investigación preparatoria. Nos preguntamos entonces ¿el fiscal puede requerir la prisión preventiva en cualquier estado del proceso?

La prisión preventiva es la medida de coerción más aflictiva entre todas las existentes y, por lo mismo, los requisitos o presupuestos en este caso son mucho más exigentes. Entre dichos requisitos se requiere la suficiencia indiciaria tanto de la comisión del hecho como de la vinculación del imputa-

do con los hechos. Esto es significativo porque importa que exista una parte imputada: el procesado. El carácter de imputado –a quien se le atribuye la comisión de un delito–, generalmente se da con el ejercicio de la acción penal (bajo las tres modalidades antes mencionadas); en tal sentido, la prisión preventiva se adoptará solo en el seno de un proceso debidamente. Tenemos a favor de este argumento el artículo 268 del CPP, que establece que el juez puede dictar la prisión preventiva si concurren determinados presupuestos⁹, los cuales deben estar fundados en “los primeros recaudos”. Estos primeros recaudos no son otros que los actos realizados en las diligencias preliminares.

Pues bien, hemos indicado también que si el fiscal no plantea la prisión preventiva en el primer momento en que ejercita la acción penal, es deber del juez pronunciarse por la comparecencia simple. Esto es relevante porque si existe un mandato de comparecencia simple, entonces no se podría plantear la prisión preventiva, pues la situación jurídica del imputado ya ha sido definida. Después de dictada la comparecencia simple, solo cabe plantear la revocatoria de dicho mandato.

Resumiendo, la prisión preventiva solo podría ser solicitada en forma paralela y simultánea a la comunicación de la formalización de la investigación preparatoria, o para ser más precisos, en el mismo momento en que se ejercita la acción penal.

VIII. REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA

Si bien la prisión preventiva, con una correcta interpretación como ya se ha explicado, no puede ser planteada posteriormente a la comparecencia, ello no significa que el fiscal no tenga más opciones para lograr que se prive de su libertad al imputado para asegurar su presencia en el proceso, si existe otro instituto procesal: la revocatoria de la comparecencia, también denominada modificación o cambio por la prisión preventiva.

Nuestra legislación ha previsto tres situaciones distintas por las cuales se puede revocar la comparecencia:

- a) Revocatoria por la concurrencia posterior de los presupuestos de la prisión preventiva (279 del CPP).

9 Dichos presupuestos son la suficiencia indiciaria de la comisión de un delito, prognosis o pronóstico de que el imputado será sancionado con una pena superior a los 4 años de prisión, y el peligro procesal de fuga o de obstaculizar las investigaciones.



En este primer caso estamos ante el supuesto en que al incoarse el proceso penal no se satisfacían los tres presupuestos para obtener la prisión preventiva regulados en el artículo 268 del CPP (suficiencia indiciaria, pronóstico de una pena superior a los cuatro años de prisión y peligro procesal). Pero en el transcurso del proceso, dichos elementos se han completado, por ejemplo, en el caso de la supuesta violación de Jorge para con su sobrina, si bien inicialmente se tenía el dicho de la víctima y la prueba del embarazo, no se tenía certeza de que el autor de dicho embarazo sea él, e incluso cuando el delito sea grave (pena superior a los cuatro años), y existir el peligro de fuga, faltaba la suficiencia indiciaria de la vinculación, pero en la investigación preparatoria se practica la pericia de ADN en la que se establece con una certeza del 99% que Jorge es progenitor del fruto de la concepción. Otro ejemplo es de aquel acusado por homicidio en el que existen evidencias suficientes, y donde la pena es grave, pero por el hecho de que no existía peligro procesal de fuga no se ordenó su prisión, y cuando se le cita a juicio, deja de acudir; en tal caso, el peligro es latente, por lo que consideramos que se puede solicitar la prisión preventiva, por supuesto que en tal caso quien tramite el pedido será el juez de la investigación preparatoria y no el juez de juzgamiento para evitar su "contaminación".

Ahora bien, desde que el dispositivo no hace distinciones de qué tipo de comparecencia es susceptible de revocar, podemos afirmar que pueden serlo tanto la comparecencia simple como la comparecencia restrictiva.

- b) Revocatoria por incumplimiento de las restricciones impuestas (artículo 287.3 del CPP del 2004).

Esta se limita únicamente a aquellos supuestos de comparecencia restrictiva en el que el imputado no cumple las reglas de conducta impuestas por lo que, previo requerimiento y audiencia, se puede revocar la comparecencia y dictarse la prisión.

- c) Revocatoria por no acudir a citación obligatoria (artículo 276 del CPP del 2004).

No se da en cualquier caso, sino que es un instituto propio de aquellos individuos que gozan de libertad gracias al vencimiento del plazo de carcelería, es decir, que antes estuvieron privados de su libertad, pero por haberse vencido los plazos máximos establecidos por ley, obtuvieron su libertad. En este caso, los presupuestos que existían cuando se ordenó la prisión preventiva aún superviven, no se han extinguido y, por lo mismo, el peligro de no someterse a la justicia es permanente. Por ello, el legisla-



dor ha optado porque se controle con mayor rigurosidad al imputado, y la exigencia a presentarse a las diligencias es mayor a la de cualquier otro supuesto de comparecencia, de allí que basta que el imputado omita acudir a una citación para que se pueda revocar su comparecencia.

Observamos dicho efecto por considerarla no solo excesiva, sino porque es injustificada, se continúa ejecutando una medida coercitiva cuyos plazos máximos ya se han vencido, el Estado ya perdió la oportunidad para asegurar al imputado dentro de un establecimiento penitenciario, en atención a la propia ley creada por él. La situación se agrava por los vacíos legales advertidos, así nos preguntamos ¿hasta cuánto tiempo más podría estar preso el imputado? La ley no lo prescribe. Es por ello que, de *lege ferenda*, consideramos que la solución pasa más bien por la adopción de medidas alternativas menos aflictivas (imposición de nuevas reglas de conducta, imposición de sanciones pecuniarias, etc.).

A estas alturas ya estamos en condiciones de absolver las preguntas inicialmente planteadas en el caso de Jorge:

- Si el juez considera que el requerimiento de prisión preventiva es procedente, ¿debe dejar sin efecto la orden de detención preliminar? Por supuesto, la prisión preventiva es una medida coercitiva más intensa que la detención preliminar, y esta última solo tenía por fin asegurar la eficacia de la ejecución de la prisión, no justificándose que permanezca activa dicha medida, por lo que deberá dejarse sin efecto la detención, y emitirse las requisitorias pero por el mandato de prisión preventiva.
- Si decide no amparar la medida solicitada y rechazar el requerimiento de prisión preventiva, ¿también debe dejar sin efecto la detención preliminar? Claro, no solo debe dictar la comparecencia (simple o restrictiva), sino que debe dejar sin efecto la detención preliminar.
- Si el fiscal no solicitó la prisión preventiva cuando informó de la formalización de la investigación, ¿el juez debió dictar la comparecencia simple o dicha comparecencia se sobreentendía implícitamente? Para evitar cualquier atisbo de duda sobre la situación jurídica del imputado, y por ser más garantista, el juez en forma expresa debe dictar la comparecencia simple.
- En tal caso, sea que la comparecencia simple fuera explícita o implícita, ¿tiene dicho mandato algún efecto sobre la orden de detención preliminar? Mejor dicho, ¿la orden de detención preliminar debe o no levantarse? La detención preliminar ha caducado, por lo que deben levantarse las requisitorias.



IX. CONCLUSIONES

Para finalizar, podemos asumir como conclusiones los siguientes:

1. La detención preliminar se justifica cuando se requiera la presencia necesaria del imputado para dos clases de diligencias: a) actos de investigación inaplazables con el concurso del imputado, o b) asegurar la ejecución de una medida coercitiva más intensa (prisión preventiva).
2. La detención preliminar dictada en la fase de las investigaciones preliminares se extingue o caduca con el pronunciamiento del juez sobre la situación jurídica del imputado cuando se ejercita la acción penal –comparecencia o prisión preventiva–.
3. La prisión preventiva no puede ser planteada sino en un solo momento: en forma paralela y simultánea con el ejercicio de la acción penal, siendo improcedente que se requiera con posterioridad a dicho acto procesal.
4. Es deber del juez de la investigación preparatoria dictar la comparecencia simple si el fiscal no requiere ni la prisión preventiva ni la comparecencia restrictiva cuando se ejercita la acción penal.
5. En el transcurso del proceso, para asegurar la presencia del imputado y el éxito del proceso, se puede obtener la prisión preventiva no planteándolo en forma directa, sino mediante la revocatoria de la comparecencia.
6. Insistir en la correcta interpretación de las normas procesales es avalar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, es decir, asegurar que las garantías procesales de las que gozan los justiciables sean realmente eficaces.

Artículo 262. Motivación del auto de detención

El auto de detención deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables.

Artículo 263. Deberes de la policía

1. *La Policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos 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.*
2. *En los casos del artículo 261, sin perjuicio de informar al detenido del delito que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención, comunicará la medida al Ministerio Público y pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. El Juez, tratándose de los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 261, inmediatamente 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 pondrá a disposición del Fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitorio que corresponda. En los demás literales, constatada la identidad, dispondrá lo conveniente.*
3. *En todos los casos, la Policía advertirá al detenido o arrestado que le asiste los derechos previstos en el artículo 71. De esa diligencia se levantará un acta.*

Artículo 264. Plazo de la detención

1. *La detención policial de oficio o la detención preliminar solo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.*
2. *La detención policial de oficio o la detención preliminar podrá durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.*
El Juez Penal, en estos casos, está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:
 - a) *Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado de su salud. En*



caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pondrá tales irregularidades en conocimiento del Fiscal del caso, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al Fiscal Superior competente. El Fiscal dictará las medidas de corrección que correspondan, con conocimiento del Juez que intervino.

- b) Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por médico particular. El detenido tiene derecho, por sí solo, por su Abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público puedan limitar este derecho.*
- c) Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del Fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no podrá exceder del plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y deberá ser puesto en conocimiento del Fiscal y del Juez del lugar de destino.*
- 3. Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas.*

Artículo 265. Detención preliminar incomunicada

- 1. Detenida una persona por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, el Fiscal podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención. El Juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.*
- 2. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.*

Artículo 266. Convalidación de la detención

- 1. Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo*



auto de convalidación de la detención. En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido.

2. *El Juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda.*
3. *La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preliminar para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.*
4. *En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de quince días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en este Código.*

Artículo 267. Recurso de apelación

1. *Contra el auto previsto en el numeral 1) del artículo 261, y los que decretan la incomunicación y la convalidación de la detención procede recurso de apelación. El plazo para apelar es de un día. La apelación no suspende la ejecución del auto impugnado.*
2. *El Juez elevará los actuados inmediatamente a la Sala Penal, la que resolverá previa vista de la causa que la señalará dentro de las cuarenta y ocho horas de recibidos los autos. La decisión se expedirá el día de la vista o al día siguiente, bajo responsabilidad.*

COMENTARIO:

¿CÓMO ENFRENTAR EL MANDATO DE DETENCIÓN?

Apelación del mandato de detención, recurso de queja y variación de la medida

MARLIO VÁSQUEZ VÁSQUEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Desde 1991, año en que se promulgó el Código Procesal Penal, se ha advertido una constante modificación de las normas referidas al mandato de

* Abogado especializado en derecho Penal y Procesal Penal. Socio principal y director de VASQUEZ | TAFUR Abogados.



detención que buscaron mayor precisión de los presupuestos de procedencia frente a la variada y no siempre acertada interpretación que de ellos se realizaba en la práctica judicial.

Pocas instituciones en nuestro ordenamiento procesal han experimentado una angustiada actividad legislativa e interpretativa para corregir un entendimiento distorsionado de su contenido, como ha sucedido en el caso del mandato de detención judicial, respecto a la cual en sus primeros momentos de vigencia generó incluso una circular de la Corte Superior de Lima, estableciendo directivas sobre la aplicación de la norma.

Las modificaciones legislativas que fundamentalmente precisaron el contenido de la norma, si bien resultaron plausibles desde el ángulo de la mejor protección al derecho fundamental de la libertad individual, pusieron, sin embargo, en evidencia un empleo abusivo de la medida por parte de operadores del Derecho llamados a imponerla, y en no muy pocos casos, una deficiente preparación académica de los mismos para comprender su contenido y presupuestos.

En la actualidad se encuentra aún vigente el Código de Procedimientos Penales de 1940 en casi la totalidad de sus disposiciones con las modificaciones que este texto procesal ha experimentado; sin embargo, en el caso del mandato de detención, la norma vigente está contenida en el Código Procesal Penal de 1991, en tanto entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de 2004, el cual irá incorporándose progresivamente al sistema procesal a partir de enero del año 2006.

II. FINALIDAD DE LA DETENCIÓN JUDICIAL¹

La posición más dominante sobre la finalidad de la detención judicial es aquella que afirma que el mandato de detención tendría por objeto asegurar la persona del imputado a los fines del cumplimiento de la pena privativa de libertad, como lo expresa Creus al referirse a la “detención provisional” en el Derecho Penal argentino² y César San Martín Castro entre nosotros³. Al lado

1 Una mayor reflexión sobre la finalidad y contenido de los presupuestos del mandato de detención véase en VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. “Legitimidad del mandato de detención en el sistema penal”. En: *El Jurista*. N° 11-12. Revista de la Universidad San Martín de Porres. Lima, 1995, págs. 36-56 y “El mandato de detención según la Ley N° 27226”. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Mayo, 2000.

2 CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. Astrea, Buenos Aires, 1990, pág. 473.

3 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Grijley. Lima, 1999, pág. 819.



de esta posición, se han creado matices que afirman que la función de la medida consiste también en asegurar la presencia del inculpado en el proceso.

Pese a que el aseguramiento de la ejecución de una pena corporal puede resultar siendo, según estas concepciones, la función que el sistema penal asigna al mandato de detención; esa función, sin embargo, no resulta legítima de la facultad estatal de privar la libertad transitoriamente mediante la figura del mandato de detención. El aseguramiento de una pena corporal o el asegurar la presencia del inculpado en el proceso son funciones que se han asignado en el intento de dar justificación a una medida preventiva, que tiene su génesis en la suerte de inseguridad que genera la criminalidad para la sociedad y que, lamentablemente, se encarna *a priori* en el imputado con consecuencias perjudiciales.

Ni aun la función de aseguramiento de la pena corporal, que es la más aceptada, puede otorgar legitimidad a la intromisión estatal en la esfera de la libertad de la persona sin que exista una declaración de culpabilidad; todos los intentos por justificar la medida resultan infelices, porque en principio la medida de detención no se impone únicamente en los casos en que el procesado será objeto de una pena, y aunque ello fuese así, este argumento significaría pretender adelantar las funciones de la pena a la declaración de culpabilidad que es la única con la cual puede resultar legitimada la facultad del Estado para privar de libertad a los individuos de una sociedad.

Tras cualquier intento por fundamentar la legitimidad de la medida de detención, lo que realmente existe es el razonado temor e inseguridad que genera la criminalidad para la sociedad. La medida de detención no es más que una respuesta del sistema penal frente a la potencialidad delictiva del imputado. Todo indica que lo que al legislador anima a establecer la posibilidad de una privación de la libertad con carácter transitorio antes de la declaración de culpabilidad, es, como señala Mattes, asegurar a la sociedad frente al presunto culpable⁴. La única función coherente que puede encontrarse a la detención judicial es meramente de seguridad; función que si bien resulta necesaria en las condiciones actuales de la sociedad, no otorgará legitimidad a la medida.

Cualquier criterio que se construya para pretender otorgar legitimidad a la detención sin sentencia solo terminará constituyendo un fundamento de tolerancia para la intervención estatal en la esfera de la libertad de la persona, y como tal, la ejecución de la medida solo puede suponer una situación

4 Citado por MAJADA, Arturo. *Práctica Procesal Penal*. Volumen II. Bosch. 1980, pág. 1544.



excepcional, condicionada a ciertas circunstancias que otorgue un mínimo grado de seguridad jurídica para evitar situaciones injustas o arbitrarias.

III. PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE DETENCIÓN

El artículo 135 del nuevo Código Procesal Penal es la única norma que determina los presupuestos para la validez del mandato de detención. Según este dispositivo, son presupuestos del mandato de detención los siguientes: i) suficiencia probatoria, ii) gravedad de pena aplicable, y iii) peligro procesal.

1. Suficiencia probatoria

El texto actual del artículo 135 del Código Procesal conforme a Ley N° 27753, expresa:

“El juez puede dictar mandato de detención si atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el fiscal provincial sea posible determinar:

- 1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”.*

Este primer presupuesto exige dos aspectos de atención. El primero está referido al objeto sobre el cual se requiere la suficiencia probatoria; y el segundo, referido al grado probatorio exigido en el presupuesto.

1.1. Objeto de la suficiencia probatoria exigida

El primer presupuesto del mandato de detención no solo exige una razonada fundamentación probatoria sobre la existencia del delito, sino fundamentalmente sobre la vinculación del imputado con el hecho delictivo atribuido, presupuesto que con nombre latín ha sido concebido como *fomus boni iuris*.

Es claro que solo después de haber razonado sobre la existencia del delito habrá que razonar acerca de la participación delictiva del imputado, porque no es posible admitir suficiencia probatoria sobre la participación del imputado en el hecho, sin suficiencia probatoria sobre el hecho delictivo.

Puede entenderse que en un caso concreto exista suficiencia probatoria sobre la realización de un hecho delictivo, pero resulta totalmente diferente a ello que existan suficientes elementos probatorios respecto a la participación delictiva del procesado en ese hecho concreto. Puede contarse con suficientes elementos probatorios sobre la existencia de un delito de homicidio, porque conocemos la presencia del cadáver y la

causa violenta de la misma, pero no existir suficientes elementos probatorios respecto a la participación del imputado en ese hecho.

Pese a que el texto del artículo 135 del Código Procesal Penal no contiene precisión en este extremo, la interpretación que de él se ha hecho ha sido bastante uniforme y hoy es un tema que no admite discusión, aun cuando llegaron a existir resoluciones judiciales que no tenían en consideración la distinción que el texto procesal imponía⁵.

Corroborando este entendimiento debe tenerse presente que el mandato de detención es dictado contra una persona individualizada y no sobre el hecho delictivo independientemente considerado, por lo cual es preciso que la suficiencia probatoria considere la participación del imputado en el hecho delictivo, que es además concordante con la función de seguridad que en la realidad tiene la detención judicial.

La suficiencia probatoria, respecto a la participación delictiva del imputado en el hecho, debe exigirse por igual tanto en el caso del hecho delictivo con concurrencia de partícipes como en aquel donde tan solo existe una individual intervención delictiva, es decir, en los casos de concurrencia de procesados sobre un mismo hecho, la suficiencia probatoria sobre la participación del procesado en ese hecho deberá ser individualizada para decidir la medida aplicable a cada uno.

La valoración que se haga sobre esta suficiencia, admite un juicio no solo sobre los aspectos fácticos de esta intervención, sino también sobre los aspectos jurídicos propios de la atribución del delito al individuo⁶, lo que equivale incluso a la posibilidad de discusión sobre la razonada fundamentación probatoria del dolo en el caso de los delitos con este tipo subjetivo.

Cuando el inciso 1 del artículo 135 del Código Procesal Penal exige como presupuesto del mandato de detención que “existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito, que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”, se está llevando la exigencia de la suficiencia probatoria más allá de la sola intervención material del imputado en el hecho delictivo, porque la propia norma exige que esa vinculación sea como autor o partícipe (complicidad o instigación) del

5 En este mismo sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 824, también ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Alternativas. Lima, 1993, pág. 170.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 824.



mismo, lo que lleva al análisis de la autoría conforme a las reglas del tipo penal concreto que se imputa, dentro del cual cabrá el análisis de la suficiencia probatoria sobre el dolo o la culpa según el caso⁷.

1.2. Estado o grado de conocimiento exigido sobre los hechos

El segundo aspecto de atención que el presupuesto del *fomus boni iuris* exige es cierta dosis de verosimilitud sobre la partición del imputado en el hecho.

La existencia de suficiencia probatoria debe ser establecida en cada caso concreto en atención a las circunstancias del hecho, ya que no es posible lograr una definición precisa de ella en términos generales. Jurisprudencialmente, el presupuesto de la suficiencia probatoria (que entre nosotros estuvo presente con la Ley N° 24388 que modificara el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales de 1940) no alcanzó tampoco una definición, teniendo los tribunales que limitarse a su sola mención declarándolo constituido o no con ciertas referencias fácticas que fundamenten tal apreciación.

Esta forma de abordar el problema es la fórmula jurisprudencial más acabada que se ha logrado, porque detrás de ellas, otras ejecutorias se han quedado en la simple declaración de la existencia del presupuesto sin declaración fáctica alguna, con lo que el contenido del mismo ni siquiera parece claro para ellas. El texto legal posibilita pues en demasía la apreciación subjetiva del juzgador, lo cual es sumamente peligroso cuando ni siquiera el contenido del presupuesto se entiende; esa libertad otorgada por la ley, sin embargo, no puede entenderse irrestrictamente porque, no obstante ello, existen parámetros claros dentro de los cuales debe moverse necesariamente esa subjetividad.

En principio, debe descartarse que el estado o grado de conocimiento que sobre los hechos debe tener el juzgador para declarar constituido el presupuesto de la suficiencia probatoria, es idéntico al grado de conocimiento que basta para vincular una persona al proceso (auto apertorio de instrucción). Para iniciar el proceso se requiere únicamente de

7 El texto original del artículo 135 del Código de Procedimientos Penales de 1991 y la modificatoria introducida por el la Ley N° 27226 consideraban en el presupuesto solo al delito doloso. La modificatoria contenida en la Ley N° 27753, que contiene el texto actual de la norma, excluyó del texto el término doloso para posibilitar la existencia de este presupuesto incluso para delitos culposos de cierta gravedad, como el peculado culposo agravado, contenido en el párrafo final del artículo 387 del Código Penal.

la existencia de elementos que permitan una sospecha fundada sobre la participación punible del imputado en el hecho delictivo; esto supone que para el inicio de una relación procesal, frecuentemente, bastará la simple imputación de la existencia del delito y la participación del imputado en el hecho. Este grado o estado de conocimiento sobre los hechos no es, sin embargo, el que permitirá tener constituido el presupuesto de la suficiencia probatoria.

Si el mismo grado o estado de conocimiento requerido para el inicio del proceso fuera el exigido para el mandato de detención, entonces no tendría explicación alguna que la ley incluya como presupuesto la existencia de suficientes elementos probatorios; pues para considerarlo así bastaba con no hacer referencia a él. La presencia del presupuesto solo se explica si entendemos que se tratan de estados de conocimientos distintos.

Sobre este particular existe suficientes ejecutorias, a través de las cuales se ha establecido que la sola imputación (a veces suficiente para vincular a proceso) no basta para fundamentar el mandato de detención, entendimiento coherente con la función de seguridad que el sistema jurídico asigna la medida y que la acerca, por lo demás con respeto a los principios de presunción de inocencia y culpabilidad.

Tampoco podrá considerarse que el contenido del presupuesto se identifique con el grado o estado de conocimiento requerido para la sentencia condenatoria (certeza), porque el estado del proceso en que corresponda dictar la medida no permite alcanzarlo.

El grado de conocimiento exigido por el presupuesto es uno superior al requerido para iniciar el proceso, pero sin llegar al grado de certeza, de suerte que dentro de este margen pueden haber estados o grados de conocimiento como la "probabilidad" y la "duda"⁸. Por ello, Asencio Mellado acota que: "Debe exigirse algo más que una posibilidad y menos que la certeza (...) no basta una mera sospecha sobre la culpabilidad del imputado"⁹.

8 Hay "probabilidad" cuando la existencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos son superiores en fuerza a los negativos; es decir, que los elementos positivos son preponderantes desde el punto de vista de su calidad para proporcionar conocimiento de los hechos. Hay "duda" cuando se da un estado de indecisión del intelecto debido a la existencia de una percepción firme acerca de la verdad positiva y la verdad negativa en la que el intelecto oscila por el sí y luego por el no, sin poder quedarse en ninguno de estos extremos. CAFFERATA NORES, José. "La prueba en el proceso penal". Depalma. Buenos Aires, 1988, pág. 7.

9 Citado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 824.



1.3. La modificación introducida por la Ley N° 27226

La primera modificación, que el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 experimentó, buscó corregir la mala aplicación del presupuesto por parte de los juzgadores.

El texto de la modificatoria estableció: “No constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado”.

Sin duda la norma se sustentaba en un hecho real, y es que, en efecto, con frecuencia, policías, fiscales y jueces, entienden que el representante legal de una empresa es el responsable del hecho delictivo cometido en el seno de ella; de aquí que fuera frecuente que directores, socios, etc. resulten sindicados, por ejemplo, como cómplices o coautores de dichos hechos.

Dicho entendimiento, sin embargo, es erróneo, porque la responsabilidad penal es personalísima y directores, gerentes, socios, etc., serán responsables de los hechos cometidos en el seno de la empresa solo en la medida que tengan una participación criminal en el hecho delictivo. Con la norma o sin la norma en mención, se entiende que habrá suficientes elementos probatorios sobre la participación del imputado (tenga este la calidad de director, gerente, socio, etc. o no) solo si existen otros elementos que vinculen al imputado con la autoría del hecho delictivo.

1.4. El *fomus boni iuris* en el Código Procesal Penal de 2004

El artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 ha buscado ser más exigente en la determinación de lo que debe entenderse como suficientes elementos probatorios y por ello exige la presencia de “fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo”.

2. Gravedad de la pena a aplicarse

Un segundo requisito necesario para la medida de detención judicial exigido por el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, mantenido en sus modificatorias y subsistente en el artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal de 2004, es la exigencia de que sea posible determinar que la sanción a imponerse será superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad.



Cuando entró en vigencia el artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991, muchos jueces entendieron la existencia del presupuesto, basándose solo en el límite superior de la pena fijada por la ley para el delito objeto de proceso. En la actualidad, sin embargo, existe consenso en entender que el presupuesto no está referido a la pena fijada por la ley para el delito, sino a la pena probable a imponerse, de tal suerte que se entiende que el presupuesto supone una prognosis de la pena a aplicarse.

Cierto es que al inicio del proceso –oportunidad en la cual se dicta la medida de detención– no es frecuentemente posible la determinación individual de la pena que se aplicará al imputado, pero no se excluye esta posibilidad si entendemos que el presupuesto no exige la determinación precisa de la pena a aplicarse, sino un simple acercamiento a esa determinación conforme a los actuados existentes en la oportunidad en que corresponda dictar la medida.

3. Peligro procesal

El concepto de peligro procesal, conocido con la voz latina *periculum in mora* está integrado por dos supuestos: la intención del imputado a susstraerse de la acción de la justicia, y la intención de perturbar la actividad probatoria.

El inciso 3 del texto original del artículo 135 del Código Procesal de 1991 otorgó al juez un marco subjetivo muy amplio para determinar la existencia del peligro procesal, pues señalaba que el peligro procesal debía determinarse sobre la base de los antecedentes u “otras circunstancias”; con lo que posibilitaba admitir cualquier circunstancia como determinante de la existencia del presupuesto¹⁰. La Ley N° 27226 cerró este marco de amplitud exigiendo en la determinación del peligro de fuga la existencia de “suficientes elementos probatorios que lo determinen”, eliminando del texto la referencia a “otras circunstancias” que admitía realmente cualquier dato.

El inciso 3 del artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 vuelve a la redacción original en del Código Procesal Penal de 1991 en lo que a este presupuesto se refiere, pero introduce en los artículos 269 y 270 pautas claras para determinar en cada caso la existencia del peligro procesal de fuga o de perturbación de la actividad probatoria.

10 VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Marlio. Ob. cit., págs. 51-52.



El artículo 269 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 señala como pauta para la determinación del peligro de fuga la “gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento”. La redacción no nos parece del todo feliz y traerá de seguro en el futuro algunos problemas que determinarán su modificatoria.

El caso es que la gravedad de la pena no puede por sí sola justificar la existencia del peligro procesal de fuga, en principio, porque la gravedad de la pena fue considerada en el texto de la norma como supuesto para determinar la existencia de un presupuesto distinto al peligro procesal, no pudiendo así considerarse por sí sola como determinante de un presupuesto distinto. Pero además porque la consideración de la gravedad de la pena como determinante del peligro de fuga ha sido cuestionada por Comisión Interamericana de Derechos Humanos; cuestionamiento acogido por el Tribunal Constitucional¹¹.

IV. MEDIOS DE DEFENSA PROCESAL

La norma procesal penal vigente considera mecanismos de defensa frente a la detención judicial, como la apelación, el recurso de queja y la variación del mandato de detención según corresponda.

1. La apelación del mandato de detención

1.1. Fundamento de la apelación

El recurso de apelación procede en los casos en que el mandato de detención no observa los presupuestos exigidos para su procedencia en número y contenido, siendo esta deficiencia de presupuestos el fundamento esencial en el que debe basarse la apelación del mandato de detención.

11 Exp. N° 1091-2002-HC/TC (caso Vicente Ignacio Silva Checa). Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio” (Informe N° 12/96, Argentina, Caso N° 11.245, párrafo 86).

Resulta importante resaltar, que la validez del mandato de detención está determinada por la presencia conjunta de los tres presupuestos exigidos. En los primeros tiempos de vigencia del Código Procesal Penal de 1991, muchos magistrados no llegaron a comprender la necesidad de concurrencia de los tres presupuestos exigidos por la norma, al extremo que la Corte Superior de Lima se encontró en la necesidad de emitir una circular que exigía de los jueces la observancia conjunta de los mismos.

En la actualidad, la presencia conjunta de los tres presupuestos es un tema que podría decirse que es uniformemente aceptado. El legislador del nuevo Código Procesal Penal de 2004 es más preciso cuando, al referirse a los presupuestos del mandato de detención expresamente, exige la concurrencia de los mismos.

La apelación al mandato podrá estar así referida a la discusión sobre la fundamentación probatoria de la existencia del delito o la participación del imputado en el hecho; a las posibilidades de aplicación de una pena inferior a cuatro años de pena privativa de la libertad, sobre la base de la pena conminada en la ley para el delito en concreto que se imputa e, incluso, sobre la base a la presencia de circunstancias que determinan una atenuación de la penalidad; como también a la fundamentación probatoria referida al peligro procesal.

1.2. Plazo para la apelación

La norma procesal vigente no ha fijado un plazo para la apelación del mandato de detención y, por el contrario, en reiteradas oportunidades los jueces, en aras de afirmar la prevalencia de los derechos individuales, se decidieron por la aceptación de la apelación en cualquier momento.

En contra de esta posición se empezó aplicar supletoriamente disposiciones del Código Procesal Civil que fijan el plazo de tres días para la impugnación de autos¹², posición que resulta cuestionable, porque la prevalencia de los derechos individuales al que está referida la apelación del mandato de detención no permite la aplicación supletoria de una norma procesal civil dispuesta para la discusión de derechos de otra

12 El criterio para la aplicación supletoria del artículo 376 del Código Procesal Civil referido a la apelación de autos, nació como consecuencia del acuerdo en mayoría adoptado por el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de 1998.



naturaleza, y porque en materia de derechos fundamentales como la libertad personal, la aplicación supletoria de las normas no pueden significar una supresión o restricción al goce y ejercicio de dichos derechos.

La procedencia de la impugnación debería entenderse procedente en tanto el procesado no haya realizado actos procesales que impliquen el consentimiento de la medida, como haber solicitado libertad provisional o pedir la variación de la detención, mecanismos de defensa que suponen aceptación de la detención impuesta.

El nuevo Código Procesal Penal de 2004, ha adoptado, sin embargo, la fórmula del plazo de tres días para la apelación de la medida.

1.3. Formalidad y trámite de la apelación

La modificación del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales que fue introducida por la Ley N° 27454 y referida a la obligación de fundamentación del recurso de nulidad de sentencias, creó la costumbre de fundamentar todo recurso impugnatorio en materia penal dentro de los diez días de interpuesto el mismo, lo que si bien no es una mala práctica, no aparecía, sin embargo, exigible para la impugnación del mandato de detención que podía fundamentarse ante el juez de segunda instancia.

La necesidad de evitar una declaración de inadmisibilidad del recurso impugnatorio, conforme al artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, llevó a optar por la fundamentación del recurso al momento de su interposición o dentro de los diez días posteriores, constituyendo esto ahora una formalidad imprescindible de la impugnación.

Cumplida con la formalidad exigida a la impugnación, el recurso de apelación es resuelto por la instancia superior sin necesidad de vista fiscal; intervención del Ministerio Público que el Código Procesal de 2004 hace ahora exigible.

2. El recurso de queja

El artículo 138 del Código Procesal Penal de 1991 establece dos recursos impugnatorios contra el mandato de detención. El recurso de apelación ya comentado y el recurso de queja.

El recurso de queja resulta procedente cuando el mandato de detención dictado no se encuentre debidamente fundamentado, lo que guarda concordancia con la garantía de la administración de justicia prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política, en tanto que el recurso de apelación se encuentra en la norma procesal actual reservada

para el caso de inobservancia de los presupuestos que para la procedencia de la medida son exigidos en la norma.

El recurso de queja se ha convertido, sin embargo, en la práctica en inútil, porque en el caso de este recurso, la Corte Superior, ante la que es recurrible, no puede modificar la medida y solo se limita a ordenar que otro juez emita nuevo pronunciamiento, que podrá según el caso, ser de detención o comparecencia. La naturaleza del bien jurídico restringido con el mandato de detención hace que, aun en los casos en que la resolución no esté fundamentada, se interponga recurso de apelación, aludiendo a que el hecho de la no fundamentación supone la inobservancia de los presupuestos de procedencia de la medida.

La medida de detención que con frecuencia se dicta conjuntamente con el auto apertorio de instrucción o auto de procesamiento¹³, debe pues necesariamente estar fundamentada. Es absurdo pretender dar por cumplida la obligación de motivación escrita contenida en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, cuando tan solo se fundamenta el auto de procesamiento y no existe fundamentación de la medida de detención que en ella se contiene. La norma constitucional que establece como principio de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales, exige con la motivación de todos los aspectos sobre los que la resolución judicial resuelve.

En cuanto al plazo para interponer el recurso de queja, el Código Procesal de 1991 no contiene definición, pudiendo entenderse un plazo similar al requerido para la apelación. El Código de Procedimientos Penales plantea el plazo de 24 horas para la interposición de un recurso de queja por denegatoria del recurso impugnatorio que no es el caso del recurso de queja contenido en el artículo 138 del Código Procesal de 1991.

3. La variación de la medida de detención

El último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal según la modificación introducida por la Ley N° 27266, establece: "En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamen-

13 En principio, la imposición de la medida de detención es procedente siempre al inicio del proceso (conjuntamente con el auto de procesamiento o auto apertorio de instrucción). El artículo 139 del Código Procesal Penal de 1991, que no entró en vigencia en este extremo, plantea excepcionalmente la posibilidad de imposición de la medida de detención, incluso, en el curso del proceso, al igual que el artículo 279 del nuevo Código Procesal Penal de 2004.

te ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

La norma en cuestión rompe el lenguaje hasta hoy utilizado por nuestro ordenamiento procesal. La norma en cuestión llama “revocatoria” a la modificación de la medida de detención por comparecencia que hace el juez respecto de la resolución que él mismo dicta, no obstante, que el Derecho Procesal conoce como “revocatoria” la decisión del superior respecto a la resolución que dicta el inferior, consultada mediante recurso impugnatorio.

Pese a que el término “revocatoria” es correcto conforme a la lengua española, no es, sin embargo, conforme al lenguaje jurídico usualmente empleado. La “revocatoria” en el lenguaje jurídico, además de responder a la decisión del superior que corrige la decisión del inferior, supone la corrección del fallo sobre la base de los mismos elementos con los que contó el inferior al momento de tomar la decisión revocada.

En el caso de la norma que nos ocupa, se plantea el supuesto de corrección de la resolución judicial de detención sobre la base de elementos distintos a los que existieron al momento en que correspondió dictarse la medida variada. La práctica conoció más este mecanismo como variación de detención y muy escasamente como revocatoria. El artículo 283 del nuevo Código Procesal Penal de 2004 utiliza el término “cesación de la detención preventiva”.

Así como resulta razonable que la medida de comparecencia sea variada por la de detención si en el curso de la investigación se advierte la existencia de los presupuestos que la determinan, es igualmente razonable que la medida de detención sea de igual forma variada por la de comparecencia si en la investigación resulta desvaneciéndose la existencia de los presupuestos que la originaron.

La variación de la medida puede ser solicitada varias veces en la medida que existan nuevos elementos de prueba que contradigan la existencia de los presupuestos que sirvieron para dictarla o mantenerla.

La facultad de revocatoria o variación del mandato de detención por el de comparecencia supone los siguientes aspectos:

3.1. Existencia de nuevos actos de investigación

La revocatoria o variación de la detención procederá en la medida de que en el curso del proceso aparezcan nuevos actos de investigación; lo que significa que la revocatoria solo puede estar basada en hechos dife-



rentes a los consignados en los primeros recaudos que sirvieron para la emisión del mandato o los que existieron al momento de mantenerlo.

3.2. El valor probatorio de los nuevos actos de investigación

La norma en mención no exige que los elementos de juicio aportados por los nuevos actos probatorios deban tener la calidad probatoria suficiente para desvanecer totalmente los indicios que sirvieron para dar por constituido los presupuestos del mandato de detención previamente dictado. En el sentido de la norma contenida en el Código Procesal Penal de 1991, para que opere la variación del mandato de detención, basta que esa calidad probatoria sobre los presupuestos simplemente haya quedado “cuestionada” con los nuevos elementos o actos de investigación.

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 es más exigente a nuestro modo de ver en este requisito de la cesación de la detención, pues exige que los nuevos actos de investigación lleguen a demostrar que los motivos que determinaron su imposición no concurren en el caso concreto, no bastando un simple cuestionamiento.

3.3. El alcance del cuestionamiento aportado por los nuevos actos de investigación

La norma procesal hace referencia a “nuevos actos de investigación que pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”, según el texto del Código Procesal Penal de 1991, o “nuevos elementos de convicción que demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición”, según el texto procesal de 2004.

Los nuevos elementos de prueba que la norma procesal exige para la variación de la medida podrán así estar referidos al *fumus boni iuris* o suficiencia probatoria sobre la existencia del delito o participación del procesado en el hecho, como también al *periculum in mora* o presupuesto del peligro procesal. Incluso, la solicitud podrá estar referida a las circunstancias probatorias que determinaron la calificación del hecho en el tipo penal concreto para los efectos de establecer el presupuesto de la gravedad de la pena, lo que llevaría previa o conjuntamente a la aclaración del auto ampliatorio de instrucción.

Este es el sentido de la norma que incluso ha sido aceptado en el Acuerdo Plenario N° 4/2000 de vocales de las Cortes Superiores de la República, de fecha 13 de octubre de 2000, con ocasión de la Ley N° 27226, reproducida por la Ley N° 27753, que contiene el texto actual del artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991.



4. La caución en la apelación y variación de la detención

Cuando la medida de detención es apelada y corresponde a la Corte Superior decidir sobre su revocatoria, disponiendo la comparecencia del procesado que se encuentra en detención, con frecuencia las Salas Penales condicionan la excarcelación del procesado al pago de la caución que se fija en la resolución revocatoria.

Esta forma de resolver no tiene sustento en nuestro ordenamiento jurídico procesal y constituye un acto arbitrario que lamentablemente la práctica y las ansias de libertad de los afectados parecen haber legitimado.

Cuando la Corte Superior revoca el mandato de detención y ordena comparecencia, lo está haciendo en sujeción a lo prescrito en el artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991 (vigente en este extremo), en el que la caución constituye una medida alternativa para conservar la comparecencia y no para adquirirla, conforme se advierte de lo dispuesto en el artículo 144 del nuevo Código Procesal Penal igualmente vigente.

El pago de la caución como condición para proceder a la excarcelación de un procesado solo aparece fundamentada en nuestro Derecho Procesal Penal, en el caso de la libertad provisional, en el que el pago de la caución es condición para adquirir que proceda la excarcelación.

El mismo criterio será válido para los casos de variación de la detención por comparecencia en la que resulte imponiéndose caución.

**TÍTULO III
LA PRISIÓN PREVENTIVA**

**CAPÍTULO I
LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

CONCORDANCIAS: R.A. N° 325-2011-P-PJ (Circular sobre Prisión Preventiva)

Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a) *Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.*
- b) *Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y*
- c) *Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).^{(*)(**)}*

() 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 269. Peligro de fuga

Para calificar el peligro de fuga, el juez tendrá en cuenta:

1. *El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;*
2. *La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;*
3. *La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo;*
4. *El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y*



5. La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.^{(*)()}**

(*) 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 270. Peligro de obstaculización

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

- 1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.**
- 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.**
- 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.^(*)**

(*) 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 271. Audiencia y resolución

- 1. El Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio.**
- 2. Rige en lo pertinente, para el trámite de la audiencia lo dispuesto en el artículo 8, pero la resolución debe ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna. El Juez de la Investigación Preparatoria incurre en responsabilidad funcional si no realiza la audiencia dentro del plazo legal. El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto deberá ser notificado con la resolución que se expida dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia.**

3. *El auto de prisión preventiva será especialmente motivado, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que lo sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes.*
 4. *El Juez de la Investigación Preparatoria, si no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por la medida de comparecencia restrictiva o simple según el caso.^(*)*
- (*) *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.*

CAPÍTULO II

LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 272. Duración

1. *La prisión preventiva no durará más de nueve meses.*
2. *Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.*

Artículo 273. Libertad del imputado

Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288.

Artículo 274. Prolongación de la prisión preventiva

1. *Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación o del proceso y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia u obstaculizar la actividad probatoria, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2) del artículo 272. El fiscal debe solicitarla al juez antes de su vencimiento.*
2. *El juez de la investigación preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Esta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.*
3. *La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de*



apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278.

4. *Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida.^(*)*

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

Artículo 275. Cómputo del plazo de la prisión preventiva

1. *No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.*
2. *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.*
3. *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.*

Artículo 276. Revocatoria de la libertad

La libertad será revocada, inmediatamente, si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. El Juez seguirá el trámite previsto en el numeral 2) del artículo 279.

Artículo 277. Conocimiento de la Sala

El Juez deberá poner en conocimiento de la Sala Penal la orden de libertad, su revocatoria y la prolongación de la prisión preventiva.

CAPÍTULO III

LA IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 278. Apelación

1. *Contra el auto de prisión preventiva procede recurso de apelación. El plazo para la apelación es de tres días. El Juez de la Investigación Preparatoria elevará los actuados dentro de las veinticuatro horas, bajo responsabilidad. La apelación se concede con efecto devolutivo.*
2. *La Sala Penal se pronunciará previa vista de la causa, que tendrá lugar, dentro de las setenta y dos horas de recibido el expediente, con*



citación del Fiscal Superior y del defensor del imputado. La decisión, debidamente motivada, se expedirá el día de la vista de la causa o dentro de las cuarenta y ocho horas, bajo responsabilidad.

3. *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.*

CAPÍTULO IV LA REVOCATORIA DE LA COMPARECENCIA POR PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 279. Cambio de comparecencia por prisión preventiva

1. *Si durante la investigación resultaren indicios delictivos fundados de que el imputado en situación de comparecencia está incurso en los supuestos del artículo 268, el Juez a petición del Fiscal, podrá dictar auto de prisión preventiva.*
2. *El Juez de la Investigación Preparatoria citará a una audiencia para decidir sobre el requerimiento Fiscal. La audiencia se celebrará con los asistentes que concurran. El Juez emitirá resolución inmediatamente o dentro de las cuarenta y ocho horas de su celebración.*
3. *Contra la resolución que se emita procede recurso de apelación, que se concederá con efecto devolutivo.*

CAPÍTULO V LA INCOMUNICACIÓN

Artículo 280. Incomunicación

La incomunicación del imputado con mandato de prisión preventiva procede si es indispensable para el establecimiento de un delito grave. No podrá exceder de diez días. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el Abogado Defensor y el preso preventivo, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas. La resolución que la ordena se emitirá sin trámite alguno, será motivada y puesta en conocimiento a la Sala Penal. Contra ella procede recurso de apelación dentro del plazo de un día. La Sala Penal seguirá el trámite previsto en el artículo 267.

Artículo 281. Derechos

El incomunicado podrá leer libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión. Recibirá sin obstáculos la ración alimenticia que le es enviada.



Artículo 282. Cese

Vencido el término de la incomunicación señalada en la resolución, cesará automáticamente.

CAPÍTULO VI

LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Artículo 283. Cesación de la Prisión preventiva

El imputado podrá solicitar la cesación de la prisión preventiva y su sustitución por una medida de comparecencia las veces que lo considere pertinente.

El Juez de la Investigación Preparatoria decidirá siguiendo el trámite previsto en el artículo 274.

La cesación de la medida procederá cuando nuevos elementos de convicción demuestren que no concurren los motivos que determinaron su imposición y resulte necesario sustituirla por la medida de comparecencia. Para la determinación de la medida sustitutiva el Juez tendrá en consideración, adicionalmente, las características personales del imputado, el tiempo transcurrido desde la privación de libertad y el estado de la causa.

El Juez impondrá las correspondientes reglas de conducta necesarias para garantizar la presencia del imputado o para evitar que lesione la finalidad de la medida.

Artículo 284. Impugnación

- 1. El imputado y el Ministerio Público podrán interponer recurso de apelación, dentro del tercer día de notificado. La apelación no impide la excarcelación del imputado a favor de quien se dictó auto de cesación de la prisión preventiva.*
- 2. Rige lo dispuesto, en lo pertinente, en los numerales 1) y 2) del artículo 278.*

Artículo 285. Revocatoria

La cesación de la prisión preventiva será revocada si el imputado infringe las reglas de conducta o no comparece a las diligencias del proceso sin excusa suficiente o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan se dicte auto de prisión preventiva en su contra. Asimismo perderá la caución, si la hubiere pagado, la que pasará a un fondo de tecnificación de la administración de justicia.



COMENTARIO 1:

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PRIMERA SENTENCIA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA

ARSENIO ORÉ GUARDIA*

1. INTRODUCCIÓN

Un nuevo Código Procesal Penal no puede ser concebido solo como un conjunto o cuerpo de disposiciones debidamente estructuradas, sino esencialmente como una nueva forma de hacer los procesos. Se trata de un conjunto de disposiciones que refleja la asunción de un determinado modelo procesal, y, cada modelo tiene sus fines y características propias.

En el caso peruano, el modelo asumido por el nuevo Código Procesal Penal es el acusatorio que –como destaca TALAVERA ELGUERA¹– se sustenta en la oralidad y el equilibrio entre garantía y eficacia. Este modelo, además, como señala SAN MARTÍN CASTRO², se caracteriza por el desdoblamiento y distribución de las funciones de investigación y decisión.

Ahora bien, la aplicación de este nuevo Código Procesal Penal debe hacerse respetando los fines, características y principios de modelo procesal del que es tributario. Ni el legislador como generador de la política procesal penal, ni los jueces como los encargados de interpretar y aplicar sus disposiciones, pueden ejercer sus respectivas funciones inobservando o distorsionando el nuevo modelo procesal; antes bien, es indispensable que lo apuntalen y perfilen para su correcta y puntual vigencia modélica.

La Corte Suprema de Justicia de la República –como corte de casación– tiene como principal tarea jurídica orientar en la interpretación de las disposiciones del nuevo Código Procesal Penal, atribuyendo el significado correspondiente a sus disposiciones, perfilando sus alcances y llenando los vacíos o aparentes contradicciones. De esta forma, la oralidad, el equilibrio entre garantía y eficacia, y los demás principios del modelo acusatorio que recoge la novísima normativa procesal se desarrollarán y tendrán vigencia efectiva

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

1 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2005, p. 7.

2 SAN MARTÍN CASTRO, César. "Introducción general al estudio del nuevo Código Procesal Penal". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Editorial Palestra. Lima, 2005, pág. 20.



en la medida que nuestro máximo tribunal de justicia, a través de sus sentencias de casación, así lo establezca.

Atendiendo a lo anteriormente señalado, resulta de suma importancia el análisis de la primera sentencia de casación penal que –en aplicación del nuevo Código Procesal Penal– recientemente ha emitido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, teniendo como magistrado ponente a César San Martín Castro, connotado profesor de Derecho procesal penal y coautor del nuevo Código.

Esta sentencia se refiere, precisamente, a los alcances de la prisión preventiva, en especial, al carácter y ámbito de aplicación de esta figura, así como el desarrollo de la audiencia en la que tendrá que decidirse la aplicación de la citada medida.

La prisión preventiva, es sin duda, uno de los temas más importantes que regula el nuevo Código Procesal Penal, fundamentalmente por los efectos que dimanan de las decisiones judiciales para el esencial derecho a la libertad de los ciudadanos. Al respecto, señala ASECIO MELLADO³, que la regulación normativa de las medidas cautelares en un Código Procesal Penal, particularmente, de la prisión preventiva, pondrá de relieve si un Estado es verdaderamente democrático y si responde a los principios y valores asumidos en su Constitución.

2. ANTECEDENTES DEL CASO

En la investigación preparatoria formalizada contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez, por delito de secuestro y violación de menor, en agravio de R.K.R.O, y contra Margarita Ramírez Ramos y Anyela Cinthia Cavero Ramírez, por delito de falsedad en juicio en agravio del Estado, el señor Fiscal Provincial de Huaura solicitó se dicte prisión preventiva contra los citados imputados, al amparo de los artículos 268 y 271 del Código Procesal Penal. Es del caso indicar, que con anterioridad se había dictado detención preliminar contra Cavero Ramírez, sin que se hubiera efectivizado tal medida por cuanto el imputado se fugó al extranjero; mientras que el pedido de detención preliminar contra las otras imputadas fue rechazado por el Juez.

3 ASECIO MELLADO, José María. "La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Editorial Pa-lestra. Lima, 2005, pág. 494.



Convocada la audiencia de prisión preventiva, no concurrieron a esta los imputados, pero sí el Fiscal y los abogados de confianza de los investigados. En vista de ello, el fiscal solicitó al juez que realice la audiencia de prisión preventiva sin la presencia de los imputados. Esta solicitud fue declarada infundada por el juez.

Interpuesto el recurso de apelación por el Fiscal, la Sala Penal por mayoría revocó el auto apelado en cuanto declara infundada la petición del representante del Ministerio Público y reformándola la declaró improcedente, atendiendo a los siguientes argumentos: a) Que conforme al artículo 264 apartado uno del nuevo Código Procesal Penal, el imputado debe encontrarse detenido –en flagrancia por la Policía, arresto ciudadano o preliminarmente por orden judicial– para que el Fiscal requiera prisión preventiva; b) Que, la audiencia de prisión preventiva debe celebrarse con la concurrencia obligatoria del fiscal, del imputado y de su defensor, siendo que la negativa a concurrir solo la puede expresar quien se encuentra detenido; c) Que, si anteriormente se rechazó la medida de detención preliminar o no se solicitó medida alguna contra un imputado ya no se puede requerir prisión preventiva al no tener la condición de detenido, solo puede instarse la medida de comparecencia restrictiva o impedimento de salida del país.

Contra la resolución de la Sala Penal Superior, la Fiscalía interpuso recurso de casación por los motivos siguientes: a) errónea interpretación de la ley penal, y b) defecto de lógica. Se sostuvo que no es necesario para requerir prisión preventiva que antes se haya solicitado y obtenido mandato de detención preliminar; y que, los supuestos materiales del pedido de prisión preventiva no incorporan la necesidad de que el imputado esté presente o haya sido previamente detenido; y, que lo único consustancial a la audiencia de prisión preventiva es que se garantice el derecho de defensa.

La Corte Suprema declaró admisible el recurso de casación solo por el motivo de inobservancia de la norma procesal, pese a que no había sido invocada, fundando su decisión en lo dispuesto en el apartado 4) del artículo 427 del Código Procesal Penal y en la concepción de la “voluntad impugnativa”. Se desestimó el motivo por defecto de lógica.

3. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Mediante sentencia de veintiséis de julio del año en curso, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación por inobservancia del inciso 2) del artículo 429 del Código Procesal Penal, y, en consecuencia, nulo el auto de vista e insubsistente el auto de primera instan-



cia, y ordenó que el Juez de la Investigación Preparatoria realice la audiencia de prisión preventiva y se pronuncie sobre el fondo del asunto. Las razones centrales de la sentencia de casación son las siguientes:

- a) No constituye presupuesto material de dicha medida personal, como claramente fluye del artículo 268 del NCPP que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades. Solo se exige la existencia de una investigación preparatoria formal, esto es, que se haya dictado la disposición de formalización y continuación. No existe, ni puede configurarse pretoriana o judicialmente, presupuesto adicional, al que dicha norma prevé. Por consiguiente, el imputado contra quien se solicita mandato de prisión preventiva puede encontrarse en muy diversas situaciones procesales. Así, puede estar detenido policialmente en los supuestos de flagrancia delictiva o por previo arresto ciudadano o detenido preliminarmente por orden judicial, conforme a los artículos 259, 260 y 261 del NCPP. Asimismo, puede encontrarse, de facto, en la condición de no habido –sea que se hubiera fugado antes de ser capturado en flagrancia por la policía o que esta, pese al mandato judicial de detención preliminar, no haya podido capturarlo– o sin medida coercitiva personal alguna, porque el fiscal no la solicitó ante el Juez de la Investigación Preparatoria, sea por la razón que fuere (fundamento jurídico 4).
- b) La detención no es, en principio, una medida necesaria o imprescindible para que se dicte, ulteriormente, mandato de prisión preventiva (fundamento jurídico 5). No siempre es del caso pedir detención preliminar en aras, luego, de instar la prisión preventiva; y menos, que si se intenta esa medida provisionalísima y el Juez no la acepta, está vedado requerir la medida de prisión preventiva en una oportunidad posterior de incorporarse más elementos de investigación o de prueba en orden a los presupuestos que la condicionan –artículo 255 apartado 2 del Código Procesal Penal– (fundamento jurídico 6).
- c) Es particularmente importante, para todos los efectos, la regla incorporada en el penúltimo extremo del apartado dos del examinado artículo 271 del NCPP:

“... Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso”. No es, pues, absoluta la necesidad de presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva; eso sí, necesaria, su debida citación en su domicilio real o procesal –si lo

hubiere señalado—, o su conducción al Juzgado cuando esté efectivamente detenido (con ello se cumple el principio de contradicción, se hace efectiva la garantía de tutela jurisdiccional —en cuanto acceso al proceso— y se afirma, a su vez, la garantía de defensa procesal). Si el imputado se niega a asistir sea porque huyó, porque no es habido —lo que denota imposibilidad material del Juez para emplazarlo— o porque, sencillamente, no quiere hacerlo —en ejercicio de su derecho material de defensa, a su propia estrategia procesal o por simple ánimo de sustracción o entorpecimiento procesal—, la audiencia se lleva a cabo con la representación técnica del abogado defensor, de confianza o de oficio (fundamento jurídico 7).

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU RELACIÓN CON LA DETENCIÓN

Para ASENCIO MELLADO⁴, la prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar, de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto imputado, y que se adopta por la autoridad judicial en el seno de un proceso penal a los efectos de garantizar aquellos fines que la Constitución y la Ley estiman adecuados. Sus notas configuradoras son: 1) Se resuelve en una privación de libertad que se cumple en un establecimiento penitenciario, pero sujeta a un régimen distinto al aplicable a los penados; 2) Es siempre jurisdiccional; 3) Tiene carácter provisional, pero se sujeta a unos plazos máximos; 4) Tiende a cumplir unos concretos fines, no siempre estrictamente cautelares, pero que han sido estimados como adecuados a la Constitución en tanto se consideran asegurativos del proceso o de cualquier finalidad legítimamente protegible.

La doctrina no es pacífica al señalar cuales son los fines de la prisión preventiva. Así, para un sector de la doctrina, la prisión preventiva solo tiene fines cautelares, de aseguramiento del procesō; mientras que para otro sector dicha medida puede tener otros fines legítimos. Tales fines, según ASENCIO MELLADO⁵ pueden ser: a) Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo; b) Asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación o manipulación de futuros medios de prueba; c) Evitar la reiteración delictiva, y d) Satisfacer de manera inmediata las demandas sociales de seguridad. Sin embargo, aclara el referido autor que no puede asignarse a la prisión preventiva una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad

4 ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 203.

5 ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*, págs. 204-205.



o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento, el nuevo Código Procesal Penal no define a la prisión preventiva, pero a partir de su texto es posible determinar cuáles son sus fines y sus presupuestos materiales y procesales.

En cuanto a sus fines, éstos no pueden ser otros que los previstos para las medidas de coerción procesal en general: para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (artículo 253.3 del NCPP).

La sentencia de casación materia de comentario señala sobre el particular que la prisión preventiva persigue evitar un peligro de fuga o un riesgo de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba, mientras que a la detención preliminar se le asigna el papel de poner fin a la ejecución de un delito o hacer cesar sus efectos lesivos inmediatos, entre otras finalidades (fundamento jurídico 5).

Para disponer la prisión preventiva, el Juez no solo debe tener en cuenta la concurrencia de sus presupuestos materiales, sino también los de orden procedimental; ello se deriva sin duda de los preceptos generales de las medidas de coerción procesal previstos en el Título I de la Sección III del nuevo Código Procesal Penal y de los artículos 268 a 271 del mismo código.

Los presupuestos materiales se encuentran previstos en el artículo 268 del NCPP, a saber: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo; b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

También constituye presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

Por otro lado, los presupuestos procesales que establece el nuevo Código son: a) la existencia de una disposición de formalización de la investigación



preparatoria, aún en los casos de acusación directa que contempla el inciso 4) del artículo 336 del NCPP; b) la solicitud del representante del Ministerio Público; c) la convocatoria a la audiencia de prisión preventiva; d) la concurrencia obligatoria a la audiencia del Fiscal, el imputado y su abogado, salvo los casos previstos en el nuevo Código; y, e) la expedición del auto de prisión preventiva debidamente motivado.

Si bien nos parece adecuado el razonamiento del tribunal de casación cuando afirma que no constituye presupuesto material de la prisión preventiva que el imputado se encuentre sujeto a la medida provisionalísima de detención, en cualquiera de sus modalidades, y que no pueden configurarse judicialmente presupuestos adicionales a los previstos en el artículo 268 del NCPP; consideramos conveniente aclarar que la Sala Penal Superior no hizo referencia a la detención preliminar como un presupuesto material, sino como un presupuesto o condición procesal, los mismos que si bien no han sido expresamente regulados, fluyen sin duda del texto legal, como bien refiere la Sala de Casación en el considerando 7 de su sentencia.

Aun cuando la argumentación de la Sala Penal Superior no constituya un despropósito, sino una opción interpretativa que presenta cierta coherencia con los fines del modelo acusatorio⁶; sostener que la prisión preliminar –en todos los casos– es un requisito indispensable para la prisión preventiva, resulta una interpretación extensiva de las disposiciones sobre el particular que en la práctica no solo inmovilizaría la acción de la justicia, sino que pondría en riesgo el derecho a la libertad de los imputados no detenidos respecto de los cuales el Fiscal requiera prisión preventiva. Por lo demás, las interpretaciones jurídicas no deben confundirse con finalidades de índole político criminal, en materia procesal, por más plausibles que estas parezcan.

En determinados países, la detención judicial es el mecanismo previo para requerir la prisión preventiva, esto es, que solo se puede acordar si el imputado se encuentra detenido. En otros países, la ley regula los supuestos de prisión preventiva para imputados detenidos y para los no detenidos, como es el caso del Código Procesal Penal de Nicaragua. Finalmente, existen países donde la ley exige la detención judicial como un requisito previo a la prisión preventiva, siendo que también puede acordarse directamente y de oficio. En estos casos, se realiza la comparencia o audiencia, luego de haber-

6 Así lo sostiene REYES ALVARADO, Víctor Raúl. "Las medidas de coerción procesal personal en el nuevo Código Procesal Penal del 2004". En: *Revista Actualidad Jurídica* N° 163. Editorial Gaceta Jurídica, págs. 182 y ss.



se detenido al imputado. Este tipo de regulación se encuentra prevista, por ejemplo, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Por otro lado, en países como Chile, se exige la presencia física del imputado para la validez de la audiencia de prisión preventiva.

La detención como medida previa a la prisión preventiva es conocida –en la doctrina– como detención imputativa. Dicho concepto es empleado también por el profesor SAN MARTÍN CASTRO⁷ en su trabajo “La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos”. Por su parte, HORVITZ - LÓPEZ⁸ definen a la detención judicial imputativa como aquella detención ordenada por el juez, sin previa citación, y mediante la cual se pone formalmente a una persona a disposición del tribunal, en calidad de imputado, con la finalidad de asegurar su comparecencia a la audiencia destinada para formalizar la investigación o, eventualmente, para adoptar una medida cautelar de mayor intensidad, en su contra.

En toda investigación, la situación procesal personal de un imputado puede ser la de detenido o no detenido. Ahora bien, conforme al nuevo Código Procesal Penal, el imputado puede ser detenido bajo tres formas: a) detención policial (artículo 259), b) arresto ciudadano (artículo 260), y c) detención preliminar judicial (artículo 261). Así pues, sin duda, la detención –en sus diversas modalidades– está ligada a la denominada investigación preliminar o primeras actuaciones antes de la formalización de la investigación preparatoria, por ello existen los plazos previstos en los artículos 264 (plazo ordinario de la detención) y 266 (plazo de la convalidación de la detención).

Empero, si bien, en las disposiciones antes citadas no se establece expresamente que la detención preliminar judicial constituye una medida previa –aplicable a las diversas situaciones jurídicas del imputado– para solicitar la prisión preventiva; no puede soslayarse como opción interpretativa que el inciso a) del artículo 261 no es taxativo en cuanto al supuesto de procedencia de la detención, pues solo exige que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga. A ello cabe sumar, que el inciso 4) del mismo dispositivo establece que las requisitorias por la detención cadu-

7 SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. "La privación de la libertad personal en el proceso penal y el derecho internacional de los derechos humanos". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pág. 619.

8 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002; pág. 365.



can recién a los seis meses y las que se giren por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducan hasta la efectiva detención del requisitoriado; lo que puede conllevar a considerar que la ley se ha puesto en el caso que la detención no solo sirve para fines de la investigación preliminar, sino para los fines asegurativos de la propia investigación preparatoria formalizada.

Respecto a los imputados no detenidos, es del caso señalar que éstos pueden hallarse en cualquiera de las siguientes situaciones: presente, contumaz o ausente. El imputado presente, es aquél que tiene conocimiento de la investigación y cuyo paradero o domicilio se conoce, por lo cual puede ser citado o emplazado. Por otro lado, el artículo 79 del NCPP define al contumaz como: a) aquél que tiene conocimiento de que es requerido y no se presenta voluntariamente a las actuaciones procesales, b) aquél que se ha fugado del establecimiento o lugar donde está detenido o preso; c) aquél que no obedece, pese a tener conocimiento de su emisión, una orden de detención o prisión; y d) aquél que se ausenta, sin autorización del Fiscal o del Juez, del lugar de su residencia o del asignado para residir. Finalmente, el ausente es aquel imputado cuyo paradero se ignora y no aparece en autos evidencia que estuviera conociendo del proceso.

Conforme a lo expuesto, en el caso de los imputados presentes, no tendría un fin práctico que el fiscal solicite una medida de detención preliminar judicial previo a requerir la prisión preventiva, ya que tales imputados pueden ser perfectamente convocados a la audiencia de prisión preventiva. Por ello, admitir la interpretación de la Sala Penal Superior de ejecutar siempre la detención de quien se va a pedir la prisión preventiva, no solo generaría un gasto de logística, sino que pondría en mayor riesgo el derecho fundamental a la libertad de los imputados, pues no es seguro que en todos los casos se adopte la prisión preventiva, a lo que debe sumarse que un imputado se defiende mejor estando en libertad.

En el caso de los contumaces, el riesgo de elusión de la acción de la justicia ya se ha efectivizado, y por lo tanto, lo adecuado es no solo la aplicación de una medida cautelar intensa, sino también asumir que, ante tal situación, se puede válidamente inferir su desprecio por el cumplimiento de los emplazamientos judiciales y el propio ejercicio de su defensa material.

Tratándose de los imputados ausentes con disposición de formalización de la investigación preparatoria, la detención preliminar judicial puede ser empleada útilmente. La lógica del proceso penal acusatorio, como se verá en el momento de tratar sobre la audiencia de prisión preventiva, así lo exige. No se puede decidir el ingreso en prisión de una persona suponiendo que por



su situación jurídica de ausente se da el supuesto legal de negativa a concurrir a la audiencia de prisión preventiva a que se refiere el artículo 271.2. El hecho de desconocer el paradero del ausente no es justificación para darle el mismo trato que al contumaz, más aún si no existen elementos de juicio que permitan inferir que conoce de la investigación. Cabe agregar, además, que resulta ineficaz la conducción compulsiva para un ausente, ya que dicha medida –a diferencia de la detención– carece de una vigencia en el tiempo, al no haberse registrado como requisitoria.

5. LA AUDIENCIA DE PRISIÓN PREVENTIVA. CONDICIONES Y CARÁCTER

El nuevo Código Procesal Penal asume una postura exigente respecto a la audiencia de prisión preventiva. En tal sentido, buscando preservar el derecho de defensa y el principio de contradicción en la audiencia, dispone la obligatoriedad de esta y regula determinadas consecuencias jurídicas para aquellos sujetos procesales que incumplan sus obligaciones durante su desarrollo⁹.

El artículo 271.1 del NCPP establece que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, el Juez de la Investigación Preparatoria realizará la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. Dicha audiencia debe celebrarse con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. En caso que no asista el abogado del imputado, éste será reemplazado por un defensor de oficio.

No obstante, el nuevo Código Procesal Penal prevé también un único supuesto en el válidamente se puede realizar la audiencia de prisión preventiva sin contar con la presencia del imputado. Este supuesto se da *cuando el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia* (artículo 271.2); en cuyo caso será representado por su abogado o el defensor de oficio¹⁰.

9 DEL RIO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en el nuevo Código Procesal Penal. Presupuestos, procedimiento y duración". En: *Actualidad Jurídica N° 160*, pág. 165.

10 Este supuesto de excepción no fue contemplado originalmente en el Proyecto de Código Procesal Penal, publicado por el Ministerio de Justicia en noviembre de 2003. Se tiene información que el agregado "*Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio*" fue incorporado por la Comisión de Alto Nivel, al advertirse la situación de aquél detenido que de manera deliberada se negaba a asistir a la audiencia de prisión preventiva, logrando con ello su frustración y el vencimiento de los plazos legales, para finalmente obtener su libertad. Ahora, sin embargo, la Corte Suprema –mediante la sentencia de casación en comento– ha ampliado los alcances de dicha excepción a diversos supuestos, incluyendo el caso de los imputados ausentes.

Al respecto, resulta relevante señalar, que la negativa referida por el NCPP puede ser expresa o tácita, pero en ambos casos debe ser voluntaria. *La negativa expresa* se da cuando el imputado por escrito o verbalmente manifiesta su voluntad de no asistir a la audiencia, pese a haber sido citado, emplazado o intentado ser conducido a la misma. También es posible que dicha negativa sea expresada por otro medio directo, así por ejemplo, a través del abogado del imputado. *La negativa tácita*, por el contrario, se produce cuando la voluntad del imputado de no estar presente en la audiencia de prisión preventiva se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Así, por ejemplo, en el caso del imputado detenido, se produciría una negativa tácita cuando éste se resiste a ser conducido a la audiencia de prisión preventiva, pese a no expresar de manera directa su negativa.

Por otro lado, si bien el NCPP hace referencia al *imputado que se niega a asistir* por cualquier motivo, consideramos que dicha regulación es atentatoria contra los derechos del imputado. Por tanto, en aquellos supuestos donde el imputado se niegue a asistir por razones de fuerza mayor, debidamente comprobadas, la defensa bien podría instar la nulidad de la resolución y de la audiencia.

Pues bien, sobre este tema en particular, la sentencia casatoria señaló que no es absoluta la necesidad de contar con la presencia del imputado en la audiencia de prisión preventiva, pero sí su *debida citación* en su domicilio real o procesal *—si lo hubiera señalado—*, o su conducción al juzgado cuando está detenido. La debida citación, a la que hace referencia la Corte Suprema, deberá interpretarse conforme a los alcances que sobre este tema ya ha dado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia¹¹. Así, se ha señalado que la debida citación consiste en la posibilidad que tiene el procesado de conocer el contenido de los pronunciamientos y diligencias judiciales, a efectos de ejercer el derecho de defensa que le asiste. Como se puede apreciar, esta exigencia no está condicionada a que el imputado haya señalado previamente su domicilio real o procesal, como erróneamente establece la Corte Suprema.

Por otro lado, a juicio de la Corte Suprema, no sería exigible —en la audiencia de prisión preventiva— la presencia de los imputados que se hallaran en tres situaciones específicas; a saber: a) aquellos imputados que hayan huido, b) aquellos imputados que estén como no habidos y c) aquellos impu-

11 Véase al respecto, la sentencia recaída en el Expediente N° 7811-2006-PHC/TC. Fundamentos N° 5 y 6. Caso Rubén Galván Borja, publicada el 28 de febrero de 2007.



tados que no quieran concurrir por estrategia procesal, de defensa o por entorpecimiento de la investigación. Al entender de la Corte Suprema, en todos estos supuestos habría una negativa de concurrir a la audiencia, por parte de los inculcados. Es del caso recalcar, que más adelante amplía este círculo para comprender también a aquellos imputados que hayan sido declarados contumaces y aquellos imputados que se hayan fugado.

Al respecto, debemos manifestar que el nuevo Código Procesal Penal no emplea las condiciones o situaciones del imputado que ha “huido”, ha “fugado” o el “no habido”, para regular aquellos casos en que el imputado se niega a asistir a la audiencia de prisión preventiva. Siendo ello así, la incorporación de estas nuevas figuras generan, más bien, mayores problemas. Así, el imputado que ha “huido”, se puede entender como aquél que se ha retirado del lugar donde se perpetró el hecho punible o del lugar de su residencia, siendo que en ambos casos puede tratarse de un ausente, si no hay evidencias que determinen que tiene conocimiento del proceso. Por otro lado, el imputado “no habido” puede tener la condición de contumaz o ausente, pues se trata del imputado cuyo paradero se ignora y por ello no puede ser aprehendido por la Policía Nacional, siendo que su condición de contumaz o ausente dependerá si tiene o no conocimiento de que es requerido por la justicia.

No es suficiente, pues, la simple constatación de que se trate de un imputado que ha “huido” o es “no habido” o que se ha “fugado”, sino que también es indispensable que haya realizado cualquiera de tales comportamientos teniendo conocimiento de que es requerido o investigado, aunque formalmente no hubiera sido declarado reo contumaz. Se infiere la voluntad de no comparecer a las actuaciones procesales, por ejemplo, cuando el imputado teniendo conocimiento de que es requerido o investigado huye del lugar de su residencia, cambia de domicilio, pese a permanecer en la localidad (no habido) o sale del país.

Ahora bien, un problema mayor significa el hecho que la Corte Suprema considere a los *imputados ausentes* como un supuesto de aquellos imputados que se niegan a asistir a la audiencia de prisión preventiva. Y es que el *ausente* es aquella persona, de quien se ignora su paradero y no aparece en autos evidencia que estuviera conociendo el proceso (artículo 79.2 del NCPP). Consecuentemente, si dicha persona no tiene conocimiento que está siendo objeto de una investigación preparatoria, mal podría inferirse que tácitamente se está negando a estar presente en la audiencia de prisión preventiva.

La figura del procesado ausente, al que hace referencia el Código Procesal Penal, no implica un comportamiento de sustracción voluntaria a la



persecución penal, sino un estado en el cual el procesado ignora que está siendo requerido o investigado. Por ello, al ignorar que está siendo requerido o investigado, el procesado ausente realmente se encuentra en una situación fáctica de indefensión, a la que no se puede sumar una “negativa tácita” que puede importar la aplicación de una medida coercitiva de gran intensidad, como es la prisión preventiva.

Por otro lado, sin lugar a dudas, notificar a imputados libres trae consigo un serio problema en cuanto a los plazos. Será difícil convocar a audiencia dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al requerimiento fiscal de prisión preventiva, notificar y contar con los cargos de recepción –con mayor razón en el interior del país donde las distancias entre la sede del órgano jurisdiccional y el domicilio del imputado son mayores–. Por tanto, si se tiene en cuenta que el plazo previsto en el artículo 271 del NCPP no es bajo sanción de nulidad, nada obsta a que el juez considere el término de la distancia u otros factores de orden material a fin de realizar en forma la audiencia de prisión preventiva cuando se trata de imputado en libertad, y observar rigurosamente el plazo cuando se trate de imputado detenido. Por lo demás, en el caso que no tenga certeza que el imputado inasistente haya sido notificado para concurrir a la audiencia, la misma podrá frustrarse y señalarse nueva fecha.

En el caso concreto materia de la sentencia casatoria, el imputado pese a tener conocimiento de que se encontraba requerido por la justicia –habiéndolo incluso acreditado abogados de su elección en la investigación preparatoria– se fugó a la Argentina, con lo cual incurrió en los supuestos de contumacia del artículo 79 del NCPP. En tal virtud, el imputado con su comportamiento evidente de no presentarse voluntariamente a las actuaciones procesales, pese a tener conocimiento de estar requerido e investigado, permite inferir que se trata también de una negativa tácita a estar presente en la audiencia de prisión preventiva y, por ende, a ejercer su derecho a la defensa material en dicho acto procesal.

6. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Pese a reconocer los esfuerzos de la Corte Suprema de Justicia de la República al emitir la primera sentencia de casación en materia penal; es del caso señalar, que el NCPP muestra ciertos defectos y deficiencias en materia de detención y prisión preventiva que es indispensable no solo solventarlas con interpretaciones adecuadas, sino también con modificaciones legislativas que permitan, de un lado, cumplir con los fines de las medidas de coer-



ción, y de otro, brindar seguridad jurídica a los justiciables. Entre los aspectos que estimamos convenientes reformar están:

- a) Regular convenientemente la prisión preventiva en el caso de imputados detenidos y los no detenidos o libres.
- b) Establecer la detención judicial para fines de prisión preventiva en el caso de los imputados que se encuentren en los supuestos de contumacia o ausencia que regula el artículo 79 del NCPP, y siempre que se cumplan con los requisitos exigidos por el inciso 1 a) del artículo 261 del NCPP.
- c) En el caso del requerimiento de prisión preventiva contra imputados libres –que no tengan la condición de ausentes o contumaces,– el plazo para la realización de la audiencia debe establecerse dentro de los cinco días de recibido el mismo.
- d) Tratándose de imputados no detenidos, es necesario contemplar expresamente la posibilidad de extender el plazo para la realización de la audiencia cuando el imputado reside fuera de la localidad donde tiene su sede el órgano jurisdiccional.
- e) Regular la utilización de la videoconferencia para la realización de la audiencia de prisión preventiva, siempre que haya condiciones para ello, cuando el imputado detenido se encuentre fuera de la localidad sede del órgano jurisdiccional ante quien se ha formulado el requerimiento de prisión preventiva.



COMENTARIO 2:

**LA DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES
JURISDICCIONALES Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO
DE LA PRISIÓN PREVENTIVA**

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

1. APUNTES PRELIMINARES

Una de las garantías esenciales del Debido proceso, constituye el *ius ut procedatur*, es decir, el derecho que tienen los ciudadanos de acceder al amparo jurisdiccional, de hacer uso de todos los mecanismos e instrumentos que le reconoce la Ley y de recibir una respuesta con arreglo a Derecho. La tutela judicial efectiva supone el derecho a impetrar de los Tribunales la adecuada contestación a la petición que se les hace, para que nunca exista denegación de justicia, entendiéndose, por tanto, que este derecho no se agota en la garantía de acceder a los Tribunales de justicia, sino que también alcanzar a obtener una decisión fundada en derecho, sea o no favorable a las pretensiones formuladas¹. Tales presupuestos para sean cumplidos a cabalidad, no solo requiere que el juzgador invoque los dispositivos legales aplicables al caso concreto en su resolución, sino que debe exponer de forma clara y en detalle los argumentos por los cuales arriba a dicho pronunciamiento, la congruencia que debe coexistir entre los fundamentos (relato fáctico), con el contenido del fallo (norma jurídica). Solo así los justiciables podrán ejercer con corrección los derechos de defensa y contradicción, consustanciales a las reglas del *fair trial* (proceso justo).

La excelsa misión de administrar justicia en un Estado de Derecho, ha de sujetarse, entonces, a las exigencias contenidas en el texto ius fundamental y en las Leyes, como la vía arbitrada que ha previsto el legislador, como mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública. Dichas exigencias se vuelven más intensas, cuando del Proceso Penal se trata, en la medida que su actuación por parte de las agencias estatales predispuestas, supone una mis in scene de inminentes intromisiones a los derechos fundamentales de los justiciables (medidas de coerción procesal), cuya justificación axiológica reposa en el interés de la sociedad, de que las conductas delictivas sean perseguidas y debidamente sancionadas. Mas su legitimidad, hemos de sustentarla en

1 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal*. Granada, 2000, p. 11.



otros aspectos, de que la intervención estatal (coacción), no solo ha de estar prevista en la ley procesal de forma expresa, sino que esta ha de ser irremediablemente necesaria para los fines que se persigue y, cuestión importante, que ha de ser proporcional a la gravedad del hecho que se está investigando. Dicho en otros términos: *la imposición de la medida de coerción solo ha de ser legítima cuando sea indispensable para garantizar los fines esenciales del proceso, cuya intensidad ha de corresponderse con la magnitud de disvalor que manifiesta el hecho –objeto de persecución penal.*

La ley procesal penal, tanto el CPP de 1991 como el CPP del 2004, cuentan con todo un abanico de medidas de coerción procesal, de naturaleza «asegurativa», para con el objeto principal del proceso: la concretización del *ius puniendi* estatal y el pago de la pretensión indemnizatoria; entre aquéllas, la «prisión preventiva» adquiere especial relevancia, en orden a sus efectos gravosos para con la persona del imputado, quien es recluso temporalmente en un establecimiento penitenciario. Cuya aflicción en un orden democrático de derecho, debe ser siempre la última opción, la *última ratio*, cuando el resto de medidas menos gravosas, no resultan idóneas para con los objetivos que se pretenden alcanzar.

En un modelo procesal penal regido por el principio acusatorio, la libertad debe ser regla y la detención la excepción, valores que son invertidos en un modelo procesal más inclinado al principio inquisitivo, donde la privación preventiva de libertad es la opción preferible por el juzgador, es decir, la *prima ratio*.

Sin duda, el nuevo modelo procesal penal acusatorio-garantista, pretende adscribirse en una cultura respetuosa de los derechos fundamentales, en el sentido de reservar la prisión preventiva solo para supuestos reglados, conforme a la gravedad del delito así como otros datos, que de forma objetiva hagan de esta medida una decisión inevitable para la cautela de los fines que se pretende alcanzar en el Proceso Penal. Nuestras cárceles se encuentran abarrotadas con una capacidad hospedante de internos significativa, de los cuales en su gran mayoría aún se encuentran en calidad de procesados (presos sin condena), lo que revela una práctica inquisitiva de la judicatura al privilegiar la detención antes que la comparecencia; precisamente, la prisionización es uno de los factores que ataca de forma medular el sistema acusatorio, de someter el uso de la prisión preventiva a criterios sumamente rigurosos, colocándola a un nivel de ultima ratio.

La excepcionalidad de la prisión preventiva, anota Miranda Estrampes, se complementa a su vez, con la previsión normativa y la regulación de un cuadro de medidas alternativas a la prisión preventiva. Se ofrece, así, a los



jueces un amplio abanico de medidas de coerción personales que les permiten ajustar su elección a las concretas circunstancias concurrentes².

Conforme a lo expuesto, la adopción de la prisión preventiva no solo debe ser necesaria para con los fines de la persecución penal («sub principio de necesidad») y de magnitud adecuada conforme a la gravedad del hecho que se esta investigando («principio de proporcionalidad»), pues a ello debemos sumar la concurrencia de los presupuestos (formales y materiales), que el legislador ha glosado en el artículo 135 del CPP de 1991, así también en el artículo 268 del nuevo CPP. Presupuestos que deben aparecer de forma conjuntiva y/o copulativa, tal como la ha dejado sentado el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa en una serie de pronunciamientos. Ante la negación de cuales quiera de ellos, el juzgador deberá imponer una medida de comparencia.

Ahora bien, la presencia de los elementos que se encuentran contenidos en la redacción normativa del artículo 135, deben tener fiel reflejo en la resolución jurisdiccional que imponga la prisión preventiva, en el sentido de que el Juez ha de valorar cada uno de ellos, mediando un razonamiento lógico-jurídico, que revista a la decisión de validez y de razonabilidad. Exposición de hechos y de derecho, que en conjunto inciden en el plano de motivación de la resolución, conforme a la exigencia constitucional, cuyo incumplimiento puede dar lugar a una decisión *per se* arbitraria, que ha de ser enmendada vía una acción constitucional de Hábeas Corpus.

No olvidemos que el imputado se encuentra revestido del principio de «presunción de inocencia», lo que genera una serie de consecuencias jurídicas en el marco de la actividad probatoria, lo más importante consideramos, que no puede ser tratado como culpable. Cuando se impone una prisión preventiva sin concurrir sus elementos legitimantes o cuando esta se extiende en el tiempo de forma innecesaria, se produce una evidente lesión al principio antes anotado, afectándose por consiguiente la libertad e inviolabilidad personal del individuo, al atribuirse a dicha institución fines privativos del Derecho penal sustantivo. Lo real es que si la lucha contra la criminalidad por medio de la prisión preventiva y antes de la sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, se irrespeta el principio de inocencia, se le quita valor al procedimiento principal y se lesiona a una persona sin fundamento jurídico³.

2 MIRANDA ESTRAMPES, M. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales, con especial atención a la prisión preventiva". En: *APECC - Revista de Derecho*. Año IV - N° 6. Director: Oscar Peña González, Lima, p. 27.

3 CABRERA, S. "Pena privativa de libertad y prisión preventiva". En: *Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*, pp. 394-395.



Seguidamente, pasaremos al análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N° 5490-2007-HC/TC, de fecha 27 de noviembre del 2007, de acuerdo a los diversos aspectos sustantivos y procesales, que hemos de rescatar de su contenido.

2 EL HÁBEAS CORPUS INNOVATIVO

Si hemos dicho que de la persecución penal emergen los estados de mayor coerción, que inciden de forma directa en los derechos fundamentales de los justiciables, es de verse la necesidad de que la legislación recoja mecanismos que se dirijan a reivindicar un interés jurídico injustamente afectado, en este caso, la libertad personal, cuando los funcionarios estatales privan de libertad a un sujeto, sin que dichas circunstancias se encuentren expresamente detalladas en el dispositivo legal, sea porque el mandato u/o la orden no se encuentra debidamente justificada, sea porque la medida no ha sido debidamente motivada por el juzgador. En todos estos supuestos aparece una medida correctiva de especial incidencia, el proceso constitucional de «Hábeas Corpus», instrumento que ha de ser empleado como mecanismo de contención a la arbitrariedad estatal, a fin de que cese un estado de cosas *per se* ilegítimo, arbitrario, principalmente que el afectado recobre su libertad personal y derechos conexos. En efecto, se trata de un mecanismo procesal expeditivo, de tutela urgente, reconocido en la Constitución y orientado a la discusión de una controversia de naturaleza constitucional, esto es, la vigencia de la libertad individual⁴.

El «hábeas corpus» pertenece, pues, a todo ese conjunto de garantías instrumentales, cuyo ejercicio por parte del detenido, desde el mismo inicio de la instrucción, han de posibilitar un eficaz despliegue del derecho de defensa⁵.

El Código Procesal Constitucional dispone en su artículo 25 que procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenaza o vulnera los derechos que conforman la libertad individual. Por su parte, el artículo 1 - finalidad de los procesos (*in fine*), prevé en su segundo párrafo que si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo el agravio producido, decla-

4 PEREIRA CHUMBE, R. "De las Garantías Constitucionales". En: *La Constitución Comentada*. T. II. Director: Walter Gutiérrez, Gaceta Jurídica, Lima, p. 1067.

5 GIMENO SENDRA, V. *El proceso de Hábeas Corpus*. Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1985, p. 48.



ra fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. En efecto, el corpus constitucional permite extender los efectos de las decisiones de los jueces, no obstante, que el agravio, o mejor dicho los alcances de la conducta antijurídica hayan cesado en el tiempo, lo cual resulta consustancial para con los cometidos mismos de los procesos constitucionales, de poner freno a la arbitrariedad pública. Máxime si la afectación ha tomado lugar en el contenido esencial de un derecho fundamental, como lo es la «libertad personal».

En la decisión del TC, se ha señalado en el Considerando tercero, lo siguiente: *“En efecto, si bien, en el presente caso se advierte que el mandato de detención impuesto al demandante fue variado por el de comparecencia, habiendo cesado así la vulneración que se alega en la demanda, resulta necesario no solo proceder al reconocimiento del derecho fundamental invocado, sino reconocer también que el agravio cometido contra el demandante implicó un grave atentado contra sus derechos constitucionales a la dignidad, al honor y a la presunción de inocencia, por parte de las autoridades que participaron en su detención, como exponemos más adelante”*.

En resumidas cuentas, los fines que despliega el Hábeas Corpus Innovativo, lo podemos fijar desde un doble baremo a saber: primero, la descalificación del proceder del funcionario y/o servidor público, en cuanto a la atribución de responsabilidad funcional, pues el hecho de que la medida gravosa haya cesado en sus efectos, no enerva de ningún modo la naturaleza antijurídica de la conducta, con ello, las consecuencias jurídicas, lo que supone afirmar la vigencia de los derechos fundamentales y, por otro, la imposición de las sanciones que el caso amerite; segundo, incidir en un plano correctivo, por no menos decirlo intimidatorio (admonición), de evitar la repetición de dichos comportamientos de cara a futuro. En otras palabras dicho: como un instrumento protector de los derechos fundamentales.

3. LAS GARANTÍAS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN UN ESTADO DE DERECHO

Ni bien las agencias de persecución penal toman conocimiento de haberse cometido presuntamente un hecho delictuoso, se encuentran legitimados para iniciar una investigación, cuyo objetivo principal es recolectar las evidencias de cargo suficientes que sirvan al Fiscal, para poder formalizar la denuncia penal respectiva, ante el órgano jurisdiccional competente. Para



tales fines, se requiere la realización de una serie de actos investigativos, de diligencias que en algunos casos importa la restricción, limitación y/o afectación de derechos fundamentales; injerencias que serán legítimas siempre y cuando se cumplan con principios jurídico-constitucionales que se han previsto al respecto.

La Constitución de 1993, siguiendo el plano de valores contemplados en la Carta Política de 1979, atribuyó la conducción de la Investigación Criminal, al representante del Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal pública y representante de la sociedad, concordante con lo dispuesto en el artículo 9 de la LOMP. En este ámbito de actuación pública, define una estrategia de investigación conforme a las particularidades del caso concreto, ordenando a los efectivos de la policía nacional la realización de las diligencias que sean necesarias, en orden a adquirir elementos vinculados al hecho punible, que puedan definir un juicio preliminar de imputación delictiva sobre los presuntos sospechosos.

Dicho lo anterior, debe afirmarse que solo con la imputación formal que efectúe el representante del Ministerio Público, puede hablarse en serio de una investigación acorde a las garantías básicas de un Estado de Derecho y, no aquellas que provienen de actos unilateral, discrecionales, a puro arbitrio de los agentes policiales, quienes no tienen autoridad alguna para decidir el inicio de una investigación penal, menos aún de concretizar actos de coerción sobre un individuo; dicha posibilidad se restringe a un solo supuesto, en caso de «delito flagrante», inclusive bajo dicha hipótesis tiene la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad competente, de forma inmediata bajo responsabilidad, según lo previsto en el apartado f, del inc. 24 del artículo 2 de la CPE.

Como bien dice, Ruiz Vadillo, el proceso penal, que forma parte inseparable del Derecho Sustantivo Penal, es por así decirlo, la más firme y rigurosa de las garantías para los imputados, y para la sociedad en general, porque ese imputado formal puede serlo, en alguna ocasión, por error o malicia de determinados acusadores que trasladan a sus respectivos letrados una información falsa o falseada⁶; (...), resulta evidente que, en el procedimiento penal propio de un Estado de Derecho, el respeto a las formalidades que –en tanto garantías procesales– amparan a la persona afectada reviste igual importancia que la realización del Derecho Penal material por medio de la imposición de

6 RUIZ VADILLO, E. "Reflexiones sobre determinados aspectos del Derecho Penal". En: *El Derecho Penal de fin de Siglo y el Derecho Penal Latinoamericano* - Homenaje a Enrique Bacigalupo, p. 289.



una condena al autor de un delito y el consiguiente restablecimiento de la paz jurídica⁷. Garantías que únicamente pueden ser garantizadas por aquel funcionario que la Ley Fundamental le ha encomendado la defensa de la legalidad.

El modelo constitucional peruano, ha diseñado, (...), una institución —estructuralmente organizada—, bajo principios, ajustables a un orden democrático de derecho, a diferencia de la legislación comparada, donde el Ministerio Público (Ministerio Fiscal), es un apéndice del Poder Judicial o es objeto de intervención política por parte de los Poderes del Estado, pues sus máximos representantes son elegidos ora por el Ejecutivo ora por el Legislativo. Injerencia que impide, una actuación fiscal de acorde a los principios jurídico-constitucionales de objetividad, independencia e imparcialidad⁸.

La Investigación del delito no se puede dejar encomendada a un órgano perteneciente al Poder Ejecutivo, o que se encuentre funcionalmente ligada a un Poder del Estado; de ahí, nuestra firme posición, de que el persecutor público sea el encargado de dirigir toda la Investigación del delito, tal como se ha fijado normativamente en el nuevo CPP. Siendo la PNP, un órgano adscrito al Ministerio del Interior, queda claro, que dicha institución no puede actuar de forma libre y discrecional en la investigación del delito, por lo que el representante del Ministerio Público tiene por obligación: controlar la actuación policial, a fin de velar por los derechos fundamentales de los justiciables. Con ello, no estamos afirmando, que la PNP, no ejerza una labor importante en la Investigación Criminal, sino que dicha tarea debe sujetarse a los parámetros jurídico-constitucionales. Máxime, si el efectivo policial, es quien de forma directa y personal, enfrenta a la criminalidad, a partir de una serie de manifestaciones policiales, en la labor de prevención y represión de las conductas delictivas, mas no el persecutor publico; en virtud de ello, es que el Fiscal debe constituirse en garante de la actuaciones policiales, tal como se desprende de la estructura intra-normativa del nuevo CPP⁹.

En la sentencia *in examine*, se señaló al respecto lo siguiente:

Si bien la Policía Nacional del Perú cumple funciones asignadas por la Constitución Política, como son, entre otras, la investigación y el combate de

7 AROCENA, G. A. "La protección del Imputado frente a injerencias indebidas en su ámbito privado". En: *La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*. I, p. 159.

8 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. / MIRANDA ESTRAMPES, M. "La posición investigadora del Ministerio Públicos en las Reformas del Proceso Penal en Latinoamérica y Europa Continental". En: *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. APECC, 2008, p. 283.

9 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. y otro. "La posición investigadora del Ministerio Público...", pp. 283-284.

la delincuencia (Constitución: Artículo 166), en el cumplimiento de esta misión no debe incurrir en actos que supongan arbitrariedad o extralimitación de sus funciones; por el contrario, que el ejercicio de su poder tiene que ser proporcionado y racional, ajustado a los fines que persigue, acorde con el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (Constitución: Artículos 3 y 41).

*Al respecto, se aprecia de autos que la Policía Nacional, mediante la División de Estafas y otras Defraudaciones (DIRINCRI-DIVIEOD-D5), inició una investigación preliminar y ejecutó la detención del demandante subrogando en la conducción de la misma al Ministerio Público, al recibir denuncias de parte y disponer actos de investigación en contravención a lo dispuesto expresamente en el artículo 159, inciso 4 de la Constitución que entre otras atribuciones del Ministerio Público, establece la de **“Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”**. Más aún, la cuestionada actuación policial quebrantó lo prescrito por la Ley N° 27934 (sobre Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito), que admite que la investigación preliminar sea actuada ex officio por la policía cuando la Fiscalía, por razones de carácter geográfico y otras, se encuentre impedida de asumir la dirección de la investigación (Artículo 1), situación que no ha sido acreditada en el presente caso.*

Según lo expuesto en los considerandos citados, debe señalarse lo siguiente: primero, que los órganos policiales deben sujetar su actuación funcional en el marco de la investigación penal, según lo previsto en la Constitución Política del Estado, esto es, en respeto a los derechos fundamentales, pues al desbordar dicho marco legal, ingresa a un campo fecundo de ilegalidad y de arbitrariedad; segundo, para que la actuación policial sea legítima, debe someterse a los mandatos que al respecto, haya de impartir el representante del Ministerio Público, pues solo éste último es quien dirige formalmente los actos de investigación, por lo que solo una decisión de dicho funcionario puede dar lugar a una imputación delictiva contra un individuo, lo que a su vez genera la vigencia irrestricta de los derechos fundamentales de defensa y contradicción. Por tales motivos, ha de rechazarse cualquier tipo de actuación unilateral, dígase discrecional de los efectivos policiales en el ámbito de la investigación penal, so pena de vulnerar las garantías basilares de un Estado de Derecho. La única excepción a dicha regla constitucional, ha de verse, cuando por razones de orden geográfico, el Fiscal se encuentra impedido de realizar las primeras diligencias, con arreglo a lo previsto en el



artículo 1 de la Ley N° 27934¹⁰, supuesto de hecho que no acontece en el caso de autos.

El nuevo CPP, no hace mas que adecuar la ley procesal penal a los preceptos constitucionales sobre la materia, determinando de forma acertada que la conducción de la investigación corresponde al Ministerio Público¹¹, lo que es característico en un Estado de Derecho; mientras que el otorgamiento de mayores márgenes de actuación discrecional a la policía es característico de Estados Policiacos autoritarios-maximalistas.

4. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN VS. EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En un orden democrático de derecho, la prensa, sea escrita, radial y/o televisiva cumple un rol fundamental: la formación de una opinión pública veraz y objetiva, en cuanto característica esencial del pluralismo cultural, político y ideológico; constituye un derecho fundamental conjuntamente con la libertad de expresión, como baluartes de una proclama esencialmente democrática, el derecho de opinar, de informarse, de expresarse libremente. Mas es sabido que el ejercicio de cualquier derecho fundamental, sea éste individual o colectivo, ha de estar limitado por el resto de bienes jurídicos contemplados en la Ley Fundamental, en este caso, aparece el honor, la intimidad y la inviolabilidad personal como intereses jurídicos de especial raigambre constitucional, de especial vinculación con el autorrealización de la persona humana, *conditio sine qua non* para su participación en concretas actividades socio-económicas-culturales. Se proscribire, entonces, el ejercicio abusivo de un derecho, conforme lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

Por lo expuesto, surge un eminente conflicto entre el derecho a la información, la libertad expresión con el derecho al honor, cuando el hombre de prensa debe sacar a la luz cierta información que puede resultar lesivo al interés jurídico individual, sea o no verdadera la noticia que se propala. Dicha actuación del periodista solo será legítima, justificada, según el inc. 8) del artículo 20 del CP, si es que el agente realizó toda una contrastación lo suficientemente diligente, mediando las fuentes de información necesarias,

10 Así, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. y otro. "La posición investigadora del Ministerio Público...", p. 285.

11 Ver, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, pp. 87-91.



que lo hayan llevado a la denominada «veracidad subjetiva», pues aquellas actuaciones carentes de un trabajo serio, ponderado, sin la menor verificación investigativa, no pueden ser abarcadas en dicho precepto permisivo, por constituir conductas en evidente «temerario desprecio hacia la verdad». No obstante la transmisión de la noticia debe ser propalada con arreglo a ciertos parámetros, pues no se puede dar a mostrar a un individuo como culpable, cuando dicha condición jurídica debe ser demostrada en el Proceso Penal, de no ser así se estaría afectando los derechos más esenciales del individuo.

El principio de «presunción de inocencia» constituye una garantía jurídico-constitucional de primer orden, que determina una serie de consecuencias en el ámbito de la persecución penal: primero, que para condenar al imputado, se requiere una mínima actividad probatoria de cargo¹², que se haya obtenido en respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales, con arreglo a los procedimientos previstos en la Ley y en la Constitución; segundo, que el imputado no tiene la obligación de aportar prueba en su contra, el denominado derecho de «no auto-incriminación» (*nemo tenetur se a ipso accusare*), por ende, tiene el legítimo derecho de mantenerse en silencio¹³ y; tercero, el imputado no puede recibir una pena por adelantado, es decir, los efectos preventivos de la pena, en su faz especial y general, solo pueden aparecer a partir del acto de condena, cuando judicialmente se le impone una sanción punitiva, cuestión distinta ha de verse en el caso de las medidas de coerción procesal de naturaleza personal, cuya legitimidad como se dijo reposa en el interés social en la persecución del delito, a lo cual debemos agregar que dichas medidas para que sean válidas deben acordarse con arreglo a los principios de legalidad, proporcionalidad y de necesidad. En palabras de Hassemer, las investigaciones en el proceso penal amenazan igualmente las libertades, el patrimonio y la honra de los ciudadanos y la pena obviamente también. Por eso los derechos fundamentales, en cuanto derechos de defensa, son decisivos para el Derecho Penal¹⁴.

12 Para Miranda Estrampes, la presunción de inocencia actúa también como regla probatoria, esto es, como regla que contribuye a diseñar la actividad probatoria en el proceso penal sometiéndola a una serie de condiciones y requisitos jurídicos cuya concurrencia es necesaria para poder estimar destruida esta presunción y, por tanto, para poder dictar sentencia condenatoria; *Notas Preliminares*, p. 15.

13 Así, GONZÁLEZ NAVARRO, A. L. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. T. I, Editorial Leyer, pp. 384-385.

14 HASSEMER, W. "Proceso Penal y Derechos Fundamentales". En: *La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*. I, p. 53.



No es necesaria mayor probidad para observar que toda injerencia en la esfera personal del individuo sometido a un proceso penal traduce una intromisión en los derechos fundamentales de un sujeto jurídicamente inocente¹⁵. La búsqueda de la verdad importa la afectación determinante en los derechos fundamentales, necesario para el restablecimiento de la paz y seguridad jurídica, mas dicho cometido no puede realizarse a cualquier precio en el marco de un Estado de Derecho. El hecho de reconocer que el principio de inocencia no impide la regulación y aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento no significa que la autorización para utilizar la fuerza pública durante el procedimiento; vulnerando derechos de quienes intervienen en él, en especial los del imputado, sea absoluta o no disponga de límites, escribe Corigliano. Por el contrario, la afirmación de que el imputado no puede ser sometido a una pena ni puede ser tratado como culpable hasta que no se dicte sentencia firme de condena, constituye el principal factor que expresa los límites a las medidas de coerción procesal en su contra¹⁶.

El artículo II.1, del Título Preliminar del nuevo CPP, establece que *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*. El principio de presunción de inocencia es entonces una máxima ético-jurídica de primer orden en un Sistema Procesal Penal respetuoso de las garantías fundamentales, es una valor inoponible e insoslayable ante cualquier pretensión penal que pretenda desbordar el ámbito jurídicamente justo; en tal sentido, la efectiva protección de los derechos fundamentales es una finalidad político criminal indeclinable según las máximas del Estado de Derecho¹⁷. La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, tal derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influencia decisiva en el régimen jurídico de la prueba¹⁸, como se sostuvo

15 AROCENA, G. A. "La protección del Imputado frente a injerencias indebidas...", p. 159.

16 CORIGLIANO, M. E. "Prisión preventiva. Irrazonabilidad de la Ley 24.390 y su reforma Ley 25.430". En: *Garantías, Medidas Cautelares e Impugnaciones en el Proceso Penal*, pp. 402-403.

17 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis del nuevo Código Procesal Penal*, p. 75.

18 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales...*, p. 51.



líneas atrás. Roxin escribe que con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad de abuso del poder estatal, al tiempo que enfatiza que los límites a la facultad de intervención del Estado, deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y (...) deben también asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa¹⁹.

Ahora bien, ¿Puede decirse con corrección, que el principio de presunción de inocencia es realmente respetado por los medios de información?, pues parece que la respuesta es negativa y, ello por lo siguiente: ni bien los hombres de prensa toman conocimiento del hecho noticioso, montan todo un colosal andamiaje informativo, una tenaz persecución con sus cámaras, filmadoras, flaches y otros mecanismos sofisticados, a fin de captar los hechos, que de forma sensacionalista ofrecen al público, penetrando para ello en el ámbito estrictamente privado del individuo, sin importar que ello ha de afectar su «privacy personal y/o familiar», eso no interesa, lo único relevante es vender la noticia. Parfraseando a González Navarro, diremos que tomando en cuenta que a la aplicación del derecho solo le atañe al Estado, es éste quien va a determinar si una persona sigue siendo inocente o no, ya que sería una aberración decir que alguien es culpable sin que un juez lo determine, y la previa aclaración surge por la necesidad de explicar que muchas veces la sociedad comete errores aberrantes y denigrantes en contra de imputados, quienes son considerados como culpables solamente por la opinión de la conciencia popular, la cual en la mayoría de los casos es sembrada por los medios de comunicación masivos, los cuales al verter comentarios acerca de asuntos jurídicos cometen el error de indicar que una persona es culpable, porque es el parecer que ellos tienen y según las conclusiones que ellos sacan, las cuales no tienen obviamente ningún valor jurídico, pero sí social, en ese entendido, deducimos que el imputado estará sujeto a una condena social sin haber sido condenado jurídicamente, por lo tanto, la persona pese a mantener el Status jurídico de inocente sufrirá una condena popular²⁰. Por consiguiente, el derecho al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad personal son arrasados sin ninguna contemplación, sin remordimiento, afectándolos en su esencia, en su núcleo rector, al ser presentados ante la sociedad bajo calificativos injuriantes, ofensivos, generando un perjuicio irreparable.

19 ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000, p. 2.

20 GONZÁLEZ NAVARRO, A. L. *Sistema de Juzgamiento Penal Acusatorio*. T. I, p. 384.



En la sentencia bajo examine, se ha señalado lo siguiente:

En tal sentido, este Tribunal reitera lo sostenido en la sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC (Caso: Magali Jesús Medina Vela y otro):

El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Solo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia.

Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13, inciso 3, acápite "a" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información 'entraña deberes y responsabilidades especiales', por lo que **está sujeto a una restricción como es la de asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.**

Este Tribunal considera que el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona que constituye en el fondo una descalificación personal como la que se vertió sobre el demandante, a propósito de la denuncia penal contra su persona por presuntos actos cometidos en ejercicio de su función notarial, en distintos medios de comunicación, constituyó una intrusión ilegítima a su derecho al honor y a la buena reputación, por cuanto desde el momento mismo de la divulgación de su detención y por la forma desdorosa en que esta se efectuó, repercutió directamente en la consideración ajena de su dignidad como persona, acarreándole daño moral como materiales, y una manifiesta transgresión a su derecho a la presunción de inocencia. En efecto, la forma vedada de cómo se transmitió la noticia, profiriéndose calificativos, juicios de valor negativos acerca de la conducción profesional de una persona, que se encuentra revestida del principio de presunción de inocencia, no hizo más que repercutir de forma lesiva en su dignidad, en su condición de persona, tanto en su estimación propia (intersubjetiva), como su prestigio (honra), frente a los demás integrantes del colectivo. Nadie puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido, hasta antes de una sentencia firme de condena.

5. LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE DEBIDA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

La prisión preventiva, que duda cabe, constituye la intromisión estatal de mayor gravedad con que cuenta la normatividad procesal, en cuanto a la privación de un bien jurídico de alta estimación valorativa: la «libertad personal»; por tales motivos su imposición judicial debe obedecer a un análisis riguroso de los presupuestos de orden material y procesal, que deben concurrir para que su adopción sea no solo legal, sino también legítima. En palabras de Pastor, el cumplimiento riguroso de cada uno de estos presupuestos y su subsistencia garantizan la utilización y la pervivencia excepcionales de este instrumento, tornándolo así de uso legítimo en esos supuestos²¹. Es por ello, que si dictado solo puede emanar en el marco de un Proceso Penal, por parte del órgano jurisdiccional competente, si es que se advierten indicios reveladores de criminalidad así como la probable intención del imputador de eludir la acción de la justicia²², tal como se desprende del artículo 253.1 del nuevo CPP.

La prisión preventiva es una medida cautelar de privación de libertad, adoptada durante el curso de un proceso penal, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan, que en esencia son asegurar la ejecución de la sentencia que se dicte²³; (...) es de naturaleza personal, pues recae directamente sobre un bien inherente al imputado y tiene que ver con la punibilidad del procedimiento, pues asegurando la comparencia del imputado garantiza –que en caso de sentencia condenatoria– se efectivice la ejecución penal²⁴.

Dicho lo anterior puede decirse, que la prisión preventiva no solo requiere que sus presupuestos de aplicación se encuentren reglados en la ley procesal penal (principio de legalidad²⁵), sino que esta se oriente a conju-

21 PASTOR, D. R. "Las funciones de la Prisión Preventiva". En: *La Injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado*. II, p. 132.

22 Así, GIMENO SENDRA, V. *El proceso de Hábeas Corpus*, pp. 30-31.

23 RIFÁ SOLER, J. M. y otros. *Derecho Procesal Penal*, p. 234.

24 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial Rodhas, Lima, 2008, p. 340.

25 En palabras de Miranda Estrampes, el principio de legalidad no solo exige la precisa identificación de los supuestos fácticos que posibiliten la limitación del derecho a la libertad, sino que además, comporta que las autoridades y sus agentes solo podrán acordar aquellas medidas limitativas expresamente previstas en la ley; *Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales...*, p. 33; ello supone también, que solo podrán ser impuestas por aquellas autoridades, a las cuales la Ley y la Constitución,

rar posibles riesgos que pongan en peligro los fines esenciales del Proceso Penal, como se sostuvo líneas atrás; a todo ello debemos agregar su sujeción al principio de proporcionalidad, en el sentido de que la medida sea estrictamente necesaria para la protección de un interés jurídico superior, referido al interés de la sociedad de que las conductas de mayor nocividad social sean perseguidas penalmente y, esto a su vez importa, que no exista otra medida que pudiese reportar los beneficios que de ella se espera obtener (principio de necesidad)²⁶. Así, en la doctrina, al sostenerse que la medida solo deberá ser adoptada si la amenaza cierta para los fines del proceso constituida por la libertad del imputado no puede ser neutralizada efectivamente de un modo menos agresivo para los derechos fundamentales de éste²⁷. Finalmente, que la intensidad de esta medida sea adecuada a la gravedad del injusto que se está investigando, pues si el hecho punible es de menor gravedad, en definitiva, la medida de coerción debe ser la comparecencia.

Los presupuestos de la prisión preventiva así como su inclusión, deben estar expresamente previstos en la ley, en orden a cautelar su legalidad, más es sabido que la legitimidad de su imposición no solo se encuentra condicionada a ello, sino que se requiere que sus elementos de configuración se encuentren presentes en el caso concreto. Esto implica que el juzgador deba valorar en cada causa, si es que concurre cada uno de ello, de tal manera, que no resulta suficiente que invoque el supuesto de hecho contemplado en el dispositivo legal, sino que debe contrastar los alcances normativos de la ley con el relato fáctico en concreto, solo así podemos estar ante una decisión no solo legal, sino también «debidamente fundamentada»; pues de no ser así estamos ante una medida *per se* arbitraria.

les ha conferido dicha potestad funcional, que según el orden de valores contemplados en nuestra Ley Fundamental, lo son los jueces (artículo 138 de la CPE), quienes en mérito al principio de jurisdiccionalidad, son los únicos funcionarios legitimados para dictar medidas de coerción procesal así como medidas limitativas de derechos fundamentales, tal como se afirma en el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CCP; cualquier otro funcionario público y/o servidor público no puede irrogarse tremenda facultad, los efectivos policiales, únicamente pueden privar de la libertad a un individuo en caso de delito «flagrante», ante cualquier otro supuesto, se configura un atentado contra la libertad e inviolabilidad personal, mediando una conducta arbitraria, ilegal e incompatible con los principios jurídico-constitucionales.

26 Así, MIRANDA ESTRAMPES, M. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales...", p. 35.

27 PASTOR, D. R. "Las funciones de la Prisión Preventiva", p. 133.



La concurrencia de los presupuestos del *fomus commissi delicti*, del *periculum in mora*, no pueden ser determinados de forma apriorística, meramente estimativa, por no menos decirlo "subjetiva", se necesita en todo caso, de un basamento objetivo que respalde su aparición, con los indicios que se cuenta en el expediente; primero, la razonable estimación de datos objetivos, que de forma racional permita atribuir al imputado los hechos presuntamente delictivos y, segundo, de que existan motivos fundados, aparejados con indicios que de forma objetivada permitan inferir que el imputado haya de fugarse, al no contar con un arraigo social y/o laboral que lo vinculen de forma sólida con el exterior. Deben tomarse una serie de criterios, que puedan orientar al juzgador, a fin de que sean valorados en cada caso, a fin de verificar la presencia o no de los indicios de criminalidad así como el peligro de fuga, que el legislador ha previsto de forma enunciativa en los artículos 269 y 270 del nuevo CPP²⁸.

Conforme lo dicho, siguiendo a López Barja de Quiroga, habrá que decir que la convicción del Juez no puede basarse en la intuición o la sospecha, sino que la misma debe proceder de "las pruebas practicadas en el juicio". Solo una convicción derivada de las pruebas es atendible, por lo que cualquier otra convicción procedente de un motivo ajeno no es adecuado al razonamiento judicial y es pura arbitrariedad²⁹.

En resumidas cuentas, el juzgador debe reflexionar críticamente si es que en realidad concurren los presupuestos anotados, amén de la medida sea legítima, en orden a los intereses jurídicos que se pretenden salvaguardar; basta que no concorra uno de ellos, para que deseche la medida. Así, deberá también exponer en detalle, la presencia de cada uno de estos elementos, explicando de forma clara y suscita los motivos de su acogimiento, con los fundamentos de hecho y de derecho que considere pertinentes³⁰. La exteriorización de la decisión es la vía que permite verificar si es que concurren o no los presupuestos que justifican su imposición y a su vez que el afectado con la medida pueda ejercitar los mecanismos impugnativos que la Ley le franquea. Para cumplir con dicha exigencia cualitativa, la resolución judicial debe dar cuenta no solo de las circunstancias fácticas y de los fundamentos jurídicos que sirven de soporte a la concreta medida adoptada,

28 Vid., al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, pp. 717-720.

29 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "La motivación de las Sentencias". En: *La Sentencia Penal*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, p. 104.

30 Así, RIFÁ SOLER, J. M. y otros. *Derecho Procesal Penal*, pp. 235-236.

sino que deberá exteriorizar el juicio de proporcionalidad que sustenta su imposición³¹.

La exigencia constitucional de la debida motivación jurisdiccional de la prisión preventiva, es la única forma de que pueda garantizarse un bien jurídico tan importante, como lo es la libertad personal de un individuo. El juez solo ha de adoptar esta medida, mediando una base objetiva adecuada e idónea, no puede sustituir dicha valoración por los juicios de valor que emita el público o por las exigencias inquisidoras de la prensa, el juzgador solo puede escudarse en la Ley y en la Constitución.

5.1. ¿Porqué se exige la debida motivación de las resoluciones judiciales?

En el marco de un Estado Constitucional de Derecho, la debida motivación de las resoluciones jurisdiccionales, exigencia contemplada en el inc. 5) del artículo 139 de la Ley Fundamental, parte de un doble baremo a saber: primero para permitir el control de la actividad jurisdiccional, a fin de velar por la correcta aplicación de las normas sustantivas y como mecanismo de interdicción a la arbitrariedad pública y, segundo, lograr el convencimiento de las partes respecto a la argumentación utilizada por el juzgador, para arribar al sentido del fallo, lo que posibilita la explicación lógica-racional y la legalidad, vinculación que garantiza la realización plena de los derechos de defensa y contracción que han de ser cautelados en un debido proceso. A decir de López Barja de Quiroga, mas que hablar de "convencimiento" debería decirse "explicación", pues, en efecto para el acusado, demás partes en el proceso y para el público en general, la motivación de la sentencia constituye la explicación de la decisión adoptada; mediante la motivación se trata de explicar que no hay arbitrariedad en la decisión, sino razones legales que conducen a la resolución que se adopta³².

Lo descrito es necesario a fin de poner límites a la discrecionalidad del juzgador, en el ámbito estrictamente decisorio, según el principio de sana crítica conjugado con el principio de libre valoración de las pruebas. La realización de los procesos concretos no puede olvidar que si importa desde luego, el resultado del mismo, esto es, el contenido de la decisión judicial, también importa, y no menos, el camino, el cómo se

31 MIRANDA ESTRAMPES, M. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales...", p. 36.

32 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "La motivación de las Sentencias", p. 99.



llega a ese resultado, pues el fin (el resultado o decisión judicial de tutela del derecho subjetivo) no justifica el desconocimiento de la legalidad procesal (el camino o modo de llegar a la decisión)³³. Por tales motivos, resulta imprescindible que del contenido de la resolución jurisdiccional, se pueda inferir claramente el porqué se arribó a determinada decisión, cuales fueron las razones que obedecieron a ello, en orden a revestir el proceso judicial, como instrumento garantístico de los derechos subjetivos que se someten a su amparo.

En opinión de Ariano Deho, la motivación, desde el punto de vista de las partes, cumple una función endoprocesal o de garantía de defensa en cuanto les permite conocer la *ratio decidendi* de la resolución (o la ausencia o sus yerros) a los efectos de poder utilizar las impugnaciones enderezadas a revertir la situación desfavorable a quien impugna³⁴. Por tales motivos, la resolución jurisdiccional (sentencia), ha de componerse de dos operaciones, la primera se concentra en determinar el "hecho probado" y una vez conocido el hecho, se ocupa de la labor de subsunción de dicho hecho en algún precepto legal; entre ambos juicios de valor, debe subyacer una secuencia lógica-jurídica, a fin de configurar el silogismo jurídico –como producto del raciocinio intelectual–, del juzgador que se plasma en la sentencia. Solo así se puede garantizar el derecho fundamental de las partes, que se satisface, cuando conoce las causas de porque la resolución no amparó su pretensión, mas no cuando de forma imprecisa y, poco razonada estas se deniegan, tanto en lo que respecta a decisiones que el juzgador haya de adoptar de oficio, como aquellas que obedecen a solicitud de una las partes (principio de rogación), en el caso del Proceso Penal; "(...) se convierte así en una garantía del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso concreto es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad"³⁵.

33 Addenda de la moción aprobada en Valencia el 27 de enero de 2006, por los participantes en la Primera Jornada Internacional, que fue celebrada con el patrocinio de la Editorial Tirant lo Blanch, sobre las garantías fundamentales del proceso civil.

34 ARIANO DEHO, Eugenia. "Sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales". En: *Responsabilidad Civil II*. Juan Espinoza. Editorial Rodhas, Lima, 2006, p. 19.

35 TC S 109/1991, citada por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R. *Derechos Fundamentales y Garantías Individuales...*, p. 17.



6. LA AUSENCIA DE DEBIDA MOTIVACIÓN INCIDE EN LA ADOPCIÓN DE UNA PRISIÓN PREVENTIVA «ARBITRARIA»

En primer término habría que preguntarnos, ¿Cuándo estamos ante una detención «arbitraria»?; se dijo líneas atrás, que la prisión preventiva es legal, al constituir una medida de injerencia prevista en la ley procesal así como los presupuestos que legitiman su adopción, entre éstos, que, debe dictarla un juez penal competente para ello; cuando se impone, esta mediando una causal no prevista en la ley o por funcionario incompetente, estaríamos ante una detención «ilegal».

Dicho lo anterior, habrá que señalar que detención arbitraria, será toda aquella que se impone sin concurrir los presupuestos que legitiman su adopción, cuando el funcionario que la dicta rebasa el contenido normativo que regula su imposición, ante una detención que sobrepasa los límites fijados por la ley así también cuando la detención permanece en el tiempo pese a haberse desvanecido los motivos que justificaron su dictado (*rebus sic stantibus*)³⁶. Cuando no concurren las razones que otorgan validez a la medida de coerción procesal.

A decir, de Bovino es evidente que el concepto de “detención arbitraria” no es un concepto cerrado, sino, por el contrario, es un principio que opera cuando, a pesar de estar cumplidos los requisitos constitucionales y legales, se verifica alguna circunstancia incompatible con los derechos y garantías protegidos en la Convención Americana. Ello sucede, por ejemplo, cuando el motivo que funda la detención no se vincula a requisitos lícitos, sino a cualquier otra razón ilegítima –v. gr., persecución de adversario político³⁷–. Casos en los cuales el funcionario público sustituye a la ley, empleando razonamientos y/o motivos que no se ajustan a la ratio de los presupuestos que informa la normatividad aplicable.

La Convención Interamericana ha dado el siguiente concepto, en el Caso 10.247 y otros (Perú)³⁸: “Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para

36 Vid., al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, M. *Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales*, p. 29.

37 BOVINO, A. "La libertad personal en el sistema interamericano". En: *Justicia penal y derechos humanos*. Editores del Puerto srl, Buenos Aires, 2005, p. 70.

38 Citada por BOVINO, A. "La libertad personal en el sistema interamericano", p. 72.

finas distintos a los previstos y requeridos por la ley, la Comisión ha señalado también que la detención para fines impropios es, en sí misma, un castigo o pena que constituye una forma de pena sin proceso o pena extralegal que vulnera la garantía del juicio previo”.

El artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios; lo que importa un abuso del poder, cuando el funcionario hace de su competencia funcional el servil medio para la realización de su voluntad personal, sobreponiéndola sobre la voluntad general que debe servir la ley, sosteniendo su resolución bajo motivos carentes de toda razonabilidad y/o proporcionalidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002-HC/TC (Considerando 19), en cuanto a la debida motivación de las resoluciones judiciales que decreta la detención preventiva, ha sostenido lo siguiente: *“Dos son, (...), las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podrá evaluarse si es arbitraria por injustificada”.*

Sobre el caso que nos ocupa en la presente, el TC ha señalado lo siguiente:

12. Es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial del Tribunal en el sentido de que:

[...]La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa (Cfr. STC N° 8125-2005-PHC Caso Jeffrey Immelt. FJ N° 10).

13. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier



clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

En el marco de los presupuestos que legitiman el dictado de la prisión preventiva, constituye un elemento esencial, el denominado «peligro procesal», que ha de advertirse cuando se revelen indicios suficientes de que el imputado haya de eludir la acción de la justicia o cuando se infiera firmemente que pueda obstaculizar la actividad probatoria, es decir, deberán aparecer datos que de forma objetiva permitan razonablemente deducir que la libertad del imputado se erige en un latente riesgo para con los fines del proceso. Para tales efectos, no resulta suficiente que se atienda únicamente a la gravedad del hecho cometido, en lo que respecta a la prognosis de pena, sino que para poder estimar el riesgo de fuga, debe aparejarse la valoración acerca de las circunstancias personales, familiares, laborales y sociales del imputado así como su edad, profesión estilo de vida, entorno social, estado de salud, antecedentes penales, etc., así también cómo actuó después de cometido el hecho punible, si siempre estuvo presente en las diligencias investigativas, si es que se ocultó o dio un paradero falso. Son en definitiva, razones fundadas que hagan presumir que el imputado no este dispuesto a comparecer en el proceso, vaticinándose una inminente probabilidad de fuga (*periculum in mora*)³⁹.

Los artículos 268 bis 269 del nuevo CPP, desarrollan de forma extensa una serie de criterios que puedan ser estimados en orden a determinar el «peligro de fuga» y el «peligro de obstaculización»⁴⁰, que a nuestra consideración, son de naturaleza orientativa y enunciativa a la vez, pues nada impide que se puedan tomar en consideración otros elementos de convicción que

39 PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 343.

40 Vid, al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, pp. 715-720.



puedan desprenderse de cada caso en concreto. Esta cuestión es extremadamente problemática en razón de sus consecuencias, debido a que de estas comprobaciones dependerá que el imputado posiblemente deba vivir todo su proceso privado de libertad⁴¹.

Sobre el aspecto in examine, el TC afirma lo siguiente: *“En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que el principal elemento a considerarse con el dictado de la medida cautelar de detención debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado termina convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada”*.

En síntesis, el peligro de fuga no puede ser valorado de forma superflua, en base a estimaciones desprovistas de todo elemento objetivo, que exteriorizado pueda inferir indicios razonables de que el imputado haya de sustraerse de la acción de la justicia y/o haya de perturbar la actividad probatoria. En todo caso, debe tratarse de un peligro concreto basado en datos objetivos obrantes en la causa⁴². Como se dijo, el dictado jurisdiccional de la prisión preventiva, requiere de una fundamentación rigurosa, donde sus presupuestos hayan de ser aparejados con evidencia probatoria, que de forma suficiente pueda formar una convicción valedera, de prognosis de fuga. De no ser así, estaríamos debilitando de forma significativa el contenido sustancial de la libertad personal, de un derecho fundamental vital para la coexistencia social e individual de cualquier ciudadano.

41 PASTOR, D. R. "Las funciones de la Prisión Preventiva", p. 138.

42 MIRANDA ESTRAMPES, M. "Aproximación a una teoría constitucional de las medidas cautelares personales...", p. 39.



7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En el Proceso Penal es latente la tensión existente entre la libertad personal del imputado y los intereses jurídicos que pretende amparar la jurisdicción, por más que se diga que al imputado se le presume inocente, ello no es óbice para que sea objeto de medidas cautelares, que en esencia lo priva, restringe y/o limita en sus derechos fundamentales.

La sociedad demanda una respuesta jurisdiccional fundada en el Derecho, así también los justiciables cuando son pasibles de una injerencia en el contenido esencial de sus bienes jurídicos, en orden a garantizar los derechos constitucionales de defensa y contradicción y, a su vez, como la vía arbitraria para controlar la razonabilidad y legitimidad de las resoluciones judiciales, que los motivos que emplean para justificar la medida se ajusten a los presupuestos previstos en la ley procesal.

En un modelo procesal mixto, con mayores matices inquisitivos, la privación de la libertad mediante la detención cautelar, es la decisión que prevalece, a diferencia de un modelo acusatorio, donde la libertad es la regla y la prisión preventiva es la excepción, con arreglo a los principios jurídico-constitucionales que rigen el nuevo CPP.

La prisión preventiva es la medida cautelar de mayor injerencia en el marco de los derechos fundamentales, pues el imputado es privado de su libertad personal, con ello afectado en sus posibilidades locomotoras y de participar activamente en la vida social; en tal medida, su adopción debe sujetarse a los presupuestos, formales y materiales, que al respecto ha fijado la normatividad procesal, esto es, según los principios de criminalidad aparente, de peligro procesal, de proporcionalidad, de necesidad y de jurisdiccionalidad. Únicamente a partir de estos elementos es que se puede legitimar una medida de tal intensidad, lo que a su vez permite, controlar adecuadamente su uso racional, lo que genera la imperiosa e ineludible obligación del juzgador de motivar debidamente su decisión, pues si éste ha de basar aquélla solo en base a estimaciones, presunciones y a valoraciones a priori, la resolución será constitutiva de una actuación arbitraria, al adolecer de una «debida motivación».

Aparece así, la denominada «detención judicial arbitraria», cuando es impuesta sin concurrir de forma objetiva, los requisitos que la legitiman, ante razones que no guardan correspondencia con la ratio de sus presupuestos, que por subjetivos y apriorísticos, carecen de una adecuada justificación, tal como aconteció en el caso in examine.

La debida verificación de los presupuestos que justifican la adopción de la prisión preventiva, importa un mecanismo de interdicción a la arbitrarie-



dad pública, con ello afirmar la vigencia de la libertad personal como derecho fundamental, así también para evitar que dicha medida cautelar se convierte en una pena por anticipado, en un castigo que solo puede recaer sobre la persona cuya culpabilidad ha sido declarada judicialmente. La prisión preventiva no es una sanción punitiva, solo una medida cautelar dirigida a proteger la eficacia de la persecución penal.

TÍTULO IV LA COMPARECENCIA

Artículo 286. Presupuestos

1. *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.*
2. *También lo hará cuando, de mediar requerimiento fiscal, no concurren los presupuestos materiales previstos en el artículo 268.*

En los supuestos anteriores, el fiscal y el juez de la investigación preparatoria deben motivar los fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su decisión.^()*

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

Artículo 287. Comparecencia restrictiva

1. *Se 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 que no se excedan las restricciones impuestas a la libertad personal.*
2. *El juez podrá imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas, según resulte adecuada al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado.*
3. *Si el imputado no cumple con las restricciones impuestas, previo requerimiento realizado por el fiscal o por el juzgador en su caso, se revocará la medida y se dictará mandato de prisión preventiva. El trámite que seguirá el juez será el previsto en el artículo 271.*
4. *El Juez podrá imponer la prohibición de comunicarse o aproximarse a la víctima o a aquellas personas que determine, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.^(*)*

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

Artículo 288. Las restricciones

Las restricciones que el Juez puede imponer son las siguientes:

1. *La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quién informará periódicamente en los plazos designados.^(*)*

() De conformidad con el Numeral 3.1 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente inciso a*



los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.

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.^(*)*

() De conformidad con el Numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente inciso a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

Artículo 289. La caución

1. *La caución consistirá en una suma de dinero que se fijará en cantidad suficiente para asegurar que el imputado cumpla las obligaciones impuestas y las órdenes de la autoridad.*

La calidad y cantidad de la caución se determinará teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la condición económica, personalidad, antecedentes del imputado, el modo de cometer el delito y la gravedad del daño, así como las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad fiscal o judicial.

No podrá imponerse una caución de imposible cumplimiento para el imputado, en atención a su situación personal, a su carencia de medios y a las características del hecho atribuido.

2. *La caución será personal cuando el imputado deposita la cantidad fijada en la resolución en el Banco de la Nación. Si el imputado carece de suficiente solvencia económica ofrecerá fianza personal escrita de una o más personas naturales o jurídicas, quienes asumirán solidariamente con el imputado la obligación de pagar la suma que se le haya fijado. El fiador debe tener capacidad para contratar y acreditar solvencia suficiente.*
3. *La caución será real cuando el imputado constituya depósito de efecto público o valores cotizables u otorgue garantía real por la cantidad que el Juez determine. Esta caución sólo será procedente cuando de las circunstancias del caso surgiera la ineficacia de las*



modalidades de las cauciones precedentemente establecidas y que, por la naturaleza económica del delito atribuido, se conforme como la más adecuada.

4. *Cuando el imputado sea absuelto o sobreseído, o siendo condenado no infringe las reglas de conducta que le fueron impuestas, le será devuelta la caución con los respectivos intereses devengados, o en su caso, quedará sin efecto la garantía patrimonial constituida y la fianza personal otorgada.*

Artículo 290. Detención domiciliaria

1. *Se impondrá detención domiciliaria cuando, pese a corresponder prisión preventiva, el imputado:*
 - a) *Es mayor de 65 años de edad;*
 - b) *Adolece de una enfermedad grave o incurable;*
 - c) *Sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento;*
 - d) *Es una madre gestante.*
2. *En todos los motivos previstos en el numeral anterior, la medida de detención domiciliaria está condicionada a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente con su imposición.*
3. *La detención domiciliaria debe cumplirse en el domicilio del imputado o en otro que el Juez designe y sea adecuado a esos efectos, bajo custodia de la autoridad policial o de una institución –pública o privada– o de tercera persona designada para tal efecto.*

Cuando sea necesario, se impondrá límites o prohibiciones a la facultad del imputado de comunicarse con personas diversas de aquellas que habitan con él o que lo asisten.

El control de la observancia de las obligaciones impuestas corresponde al Ministerio Público y a la autoridad policial. Se podrá acumular a la detención domiciliaria una caución.
4. *El plazo de duración de detención domiciliaria es el mismo que el fijado para la prisión preventiva. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los artículos 273 al 277.*
5. *Si desaparecen los motivos de detención domiciliaria establecidos en los literales b) al d) del numeral 1), el Juez –previo informe pericial– dispondrá la inmediata prisión preventiva del imputado.*

Artículo 291. Comparecencia simple

1. *El Juez prescindirá de las restricciones previstas en el artículo 288, cuando el hecho punible denunciado esté penado con una sanción leve o los actos de investigación aportados no lo justifiquen.*



2. *La infracción de la comparecencia, en los casos en que el imputado sea citado para su declaración o para otra diligencia, determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la Policía.*

Artículo 292. Notificaciones especiales

El mandato de comparecencia y las demás restricciones impuestas serán notificadas al imputado mediante citación que le entregará el secretario por intermedio del auxiliar judicial correspondiente, o la dejará en su domicilio a persona responsable que se encargue de entregarla, sin perjuicio de notificársele por la vía postal, adjuntándose a los autos constancia razonada de tal situación.

El auxiliar judicial, además, dejará constancia de haberse informado de la identificación del procesado a quien notificó o de la verificación de su domicilio, si estaba ausente.^()*

() Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28924, publicada el 08-12-2006, la misma que de conformidad con su artículo 7 entra en vigencia a los ciento ochenta (180) días de su publicación.*

TÍTULO V

LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Artículo 293. Presupuestos

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria podrá ordenar la internación preventiva del imputado en un establecimiento psiquiátrico, previa comprobación, por dictamen pericial, de que sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, que lo tornan peligroso para sí o para terceros, cuando medien los siguientes presupuestos:*
 - a) *La existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que es autor de un hecho punible o partícipe en él y probablemente será objeto de una medida de seguridad de internación.*
 - b) *La existencia de una presunción suficiente de que no se someterá al procedimiento u obstruirá un acto concreto de investigación. Rigen análogamente los artículos 269 y 270.*
2. *Si se establece que el imputado está incurso en el artículo 20, inciso dos, del Código Penal, el Juez de la Investigación Preliminar informará al Juzgado Penal competente para dictar la decisión final sobre su inimputabilidad e internación y lo pondrá a su disposición. Rige lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 274. No será necesaria la concurrencia del imputado si su estado de salud no lo permite, pero es obligatoria la presencia de su defensor. El Imputado podrá ser representado por un familiar.*

Artículo 294. Internamiento previo para observación y examen

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, después de recibir una comunicación motivada de los peritos, previa audiencia con asistencia de las partes legitimadas, instada de oficio o a pedido de parte, podrá disponer –a los efectos de la preparación de un dictamen sobre el estado psíquico del imputado–, que el imputado sea llevado y observado en un hospital psiquiátrico público.*
2. *Para adoptar esta decisión deberá tomar en cuenta si existen elementos de convicción razonable de la comisión del delito, siempre que guarde relación con la importancia del asunto y que corresponda esperar una sanción grave o la medida de seguridad de internamiento.*
3. *El internamiento previo no puede durar más de un mes.*

COMENTARIO:

**LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL PERSONAL EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004**

VÍCTOR RAÚL REYES ALVARADO*

I. CONCEPTO

Las medidas coercitivas son indispensables para llevar a cabo el proceso penal, habida cuenta de que permiten asegurar el proceso de conocimiento así como también la ejecución penal¹. En sede nacional, César San Martín Castro denomina a las medidas coercitivas medidas provisionales, y las define como los actos procesales de coerción directa que recayendo sobre los derechos de relevancia constitucional, de carácter personal o patrimonial de las personas, que se ordenan a fin de evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración².

Las injerencias en los derechos fundamentales, con respecto a la libertad individual, pueden darse en el orden de conducción coactiva, prisión

* Magistrado de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

1 ROXIN CLAUD. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000, pág. 249.

2 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editora Jurídica Grijley. Segunda edición primera reimpresión. 2006, pág. 1073.



preventiva, detención preliminar, detención domiciliaria, comparecencia con restricciones, etc.; con respecto a la integridad corporal en las intervenciones corporales, con respecto a la propiedad en desalojos, embargos, etc. y respecto de la inviolabilidad del domicilio con los registros domiciliarios; así como también en el secreto postal epistolar y en las comunicaciones a distancia con el levantamiento del secreto.

Las medidas cautelares de carácter personal son aquellas resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimiento del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie³. Las medidas cautelares son las medidas restrictivas o privativas de la libertad personal, que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución protege los derechos fundamentales de todo ser humano, como la vida, la libertad, el honor, la propiedad, entre otros. Ello, como es sabido, concuerda con lo sostenido por el Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado diciendo que no son absolutos, sino que pueden ser restringidos por mandato de la propia constitución o mediante una norma expedida por el legislador⁵.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL PERSONAL EN EL NCPP

Las medidas de coerción procesal, en el diseño del NCPP, se subdividen en personales y reales. Las personales pueden ser definidas como aquellas medidas restrictivas o privativas de la libertad que puede adoptar el tribunal en contra del imputado en el proceso penal, con el objeto de asegurar la realización de los fines penales del procedimiento⁶. Las reales son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o, en todo caso, sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, y que se acuerdan con el objetivo de impedir, durante la pendencia del proceso, determinadas

3 ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Valencia. 2003, pág. 192.

4 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julian. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2005, págs. 344 y 345.

5 STC N° 1230-2002-HC caso Tineo Cabrera, reiterado en el fundamento 5 de la STC N° 2496-2005-PHC/TC, caso Eva Rosario Valencia Gutiérrez.

6 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., págs. 344 y 345.

actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañosas o perjudiciales, tanto para la efectividad de la sentencia en relación con las consecuencias jurídicas económicas del delito (función cautelar), cuanto para lograr la propia eficacia del proceso (función aseguradora de la prueba y función tuitiva coercitiva)⁷.

En el nuevo modelo procesal penal, las medidas personales se impondrán con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que existan suficientes elementos de convicción. Además, deberán ser indispensables, 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 sobrevinida, así como para impedir la obstaculización de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva (253.2.3).

1. La detención en el Nuevo Código Procesal Penal

La detención en el NCPP, en sentido amplio, es la privación de la libertad ambulatoria de una persona, distinta de la prisión preventiva, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico⁸. José María Asencio Mellado define la detención como aquella privación de libertad, de carácter provisionalísimo, adoptada por los particulares, la policía judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial con fines múltiples y variados tales como la puesta del detenido a disposición judicial y la realización de las investigaciones más urgentes⁹.

En el nuevo Código Procesal Penal existen tres tipos de detención claramente definidos: a) detención policial (259), b) arresto ciudadano (260), y c) la detención preliminar judicial por 24 horas (261) que puede ser convalidada hasta por 7 días, (266). Sin embargo, siguiendo la posición de Asencio Mellado, el NCPP tiene otras disposiciones, que aunque expresamente no están establecidas como detención, pueden ser consideradas como tal, como son: a) el mandato de conducción compulsiva judicial (79.3), b) la detención que efectúa la policía con fines de identificación (205) y c) el mandato de conducción compulsiva fiscal (66). Por eso la detención, puede ser clasificada tomando en cuenta al sujeto que la realiza u ordena, que puede ser la policía, los ciudadanos, el juez o el fiscal.

7 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 1177.

8 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julian. Ob. cit., págs. 362-363.

9 ASECIO MELLADO, José María. Ob. cit., pág. 195.



2. La detención policial y el arresto ciudadano

Como lo señala el NCPP, la detención policial es ejecutada por la policía y el arresto ciudadano por cualquier persona (259 y 260), en ambos casos, el único requisito para que se produzca, es que la persona haya sido sorprendida en flagrante delito. Cuando la detención se realiza por arresto ciudadano se exige que el arrestado sea entregado inmediatamente a la policía, quien procederá a informarle sus derechos (68.1.h), dando cuenta al fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias negativas y reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la ley penal (67.1).

Para que se diferencien de la detención preliminar judicial, la detención policial y el arresto ciudadano deben ubicarse en un capítulo aparte, denominado “de la aprehensión”, como se encuentra establecido en el derecho comparado¹⁰, término que según el diccionario de la lengua española¹¹ es la acción y efecto de aprehender, que significa: coger, asir, y que se produce cuando existe flagrancia, a diferencia de la detención preliminar judicial que es dispuesta por orden judicial.

3. La flagrancia

Etimológicamente, el término “flagrante”, proviene del latín *flage*, que significa en sentido, técnico-jurídico “que se comete públicamente y ante testigos”, siendo así, un delito flagrante el que encierra en sí la prueba de su realización, por lo que la flagrancia es la percepción sensorial directa del hecho delictivo. Para la jurisprudencia española “la flagrancia se ve, se observa, no se demuestra, y aparece vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria”¹².

Para evitar distintas interpretaciones, el NCPP señala que existe flagrancia 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 también cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo (259.2).

Esta definición, tiene como antecedente la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación

10 Código de Procedimiento Penal de Ecuador, Libro Tercero, las medidas cautelares, Capítulo II, “La aprehensión”.

11 Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. Tomo II, pág. 126.

12 http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/tesis/Human/Burgos_M_V/Cap4.htm



preliminar del delito, cuyo artículo cuarto la definía exactamente igual. Es de recordar que la referida norma está vigente en los demás distritos judiciales.

La flagrancia presenta tres requisitos insustituibles: inmediatez temporal, que el delito se esté cometiendo o que haya sido cometido instantes antes; inmediatez personal, que el delincuente se encuentre allí en ese momento, en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho; y necesidad urgente, que determina la intervención imperiosa de la policía con el doble fin de poner término a la situación existente, impidiendo en todo caso la posible propagación del mal que la infracción acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos¹³.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la flagrancia en la comisión de un delito exige dos requisitos insustituibles: la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; y la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en ese momento en situación y con relación al objeto o a los instrumentos del delito, y que ello ofrezca una prueba evidente de su participación¹⁴.

En nuestro caso, el NCPP autoriza a que la policía efectúe la detención en flagrancia y a que cualquier ciudadano arreste en la misma situación, autorización que parece razonable, ya que la policía no siempre está presente cuando se está cometiendo un delito¹⁵.

13 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda edición. Grijley. 2003, págs. 1104-1105.

14 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07376-2005-HC.html>

15 La legislación comparada también define la flagrancia en los siguientes términos: Código Procesal Penal de Paraguay, Artículo 239.1. "Se entenderá que existe flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de intentarlo o cometerlo, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza policial, por la víctima o por un grupo de personas", resulta interesante haber consignado como acto de flagrancia la persecución que puede existir al imputado por parte de cualquier persona, sea este efectivo policial, víctima o algún tercero; Código de Procedimiento Penal de Colombia, del 2004, artículo 301. "Se entiende que hay flagrancia cuando: la persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer el delito, la persona es sorprendida o individualizada al momento de cometer el delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho, finalmente si la persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un delito o participado en él".



4. La detención preliminar judicial

4.1. Concepto

Es el mandamiento escrito y motivado del juez de la investigación preparatoria que ordena la detención de un imputado, por el plazo de 24 horas, para determinados fines, tales como realizar diligencias urgentes en presencia del imputado o adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra.

César San Martín Castro, citando a Moreno Catena, señala que la detención preliminar también es denominada “detención imputativa”, por razones vinculadas a la persecución penal, cuya finalidad, en tanto se vincula a la comisión de un delito, consiste en poner al detenido a disposición de la autoridad judicial para que esta acuerde, respecto de él, lo que estime procedente: no se dirige a asegurar ni la eventual ejecución de la pena, ni tampoco la presencia del imputado en la fase decisoria del proceso; se trata, por lo tanto, de una medida precautelada¹⁶.

Sin embargo, la detención preliminar, como se encuentra diseñada en el nuevo modelo procesal penal, puede cumplir finalidades distintas, según el caso y la estrategia que asuma el fiscal. Puede requerirla para realizar algunas diligencias indispensables en la etapa preliminar de la investigación, como un reconocimiento, o para que el juez cite a audiencia de determinación de la prisión preventiva o su convalidación hasta por siete días más (266.3).

Sus antecedentes legales, son la Leyes N^os 27379¹⁷ y 27934¹⁸. Estas normas la denominaron “detención preliminar” que a su vez comprende la

16 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, pág. 1099.

17 Ley N^o 27939, artículo 2. Medidas Limitativas de derechos, el Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos: 1. Detención Preliminar: hasta por el plazo de 15 días. Esta medida se acordará siempre que existan elementos de convicción suficientes para estimar razonablemente que se ha cometido uno de los delitos previstos en el artículo 1ro. de la presente Ley (delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de estos. Delitos de peligro común; Contra la Administración Pública, Tributarios, Terrorismo, Contra la Humanidad, Contra el Estado y la Defensa Nacional), que la persona contra quien se dicta ha intervenido en su comisión y que se dará a la fuga u obstaculizará la actividad probatoria, nótese que dichos presupuestos son parecidos en parte a lo indicado en el artículo 135 del CPP del año 1991, para dictar detención preventiva.

18 Ley N^o 27934. Artículo 2. Actividades a realizarse por el Ministerio Público durante la investigación Preliminar. En casos de urgencia y peligro en la demora, antes de iniciarse



policial y la judicial¹⁹. En el NCPP, en el título de la detención se ha comprendido a la detención policial, el arresto ciudadano y a la detención preliminar judicial, la cual puede ser convalidada por siete días.

4.2. Los supuestos para dictar mandato de detención preliminar judicial

El NCPP al desarrollar la norma constitucional autoriza al juez de la investigación preparatoria a que dicte “mandato de detención preliminar”, siempre y cuando se cumpla con los requisitos indicados en el artículo 261.

Primer supuesto. Que existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito, que el delito esté sancionado con pena privativa de la libertad superior a los cuatro años, y que dadas las circunstancias del caso pudo desprenderse la posibilidad de fuga. (261.1.a).

En Huaura, en una investigación por el delito de falso testimonio en juicio (409 CP), que está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, un fiscal no solo requirió al juez que dicte la detención preliminar, sino que cuando la declaró improcedente, le requirió la prisión preventiva²⁰. Ejemplos como este hacen palpable la necesidad de que los fiscales deban verificar que concurren todos los presupuestos que exige la norma. Es decir, que exista necesariamente no una, sino dos o más razones atendibles que informen que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa superior a cuatro años y, asimismo, que ciertas circunstancias hacen prever cierta posibilidad de fuga, que pueden ser los motivos expuestos en el artículo 269.

Segundo supuesto. El juez de la investigación preparatoria dictará mandato de detención preliminar, cuando la persona es sorprendida en flagrante delito pero logra evitar su detención (261.1.b).

Para que proceda esta detención basta la flagrancia y que el imputado se de a la fuga. Además, como la norma no establece parámetros sobre

formalmente la investigación, el Fiscal podrá solicitar al Juez Penal, que dicte motivadamente y por escrito, la detención preliminar hasta por 24 horas cuando se no da el supuesto de flagrancia.

19 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ob. cit., pág. 1099.

20 Cuaderno de detención preliminar y prisión preventiva N° 1456-06 seguido ante el 2JIP de Huaura, contra Jimmy Edinho Cavero Ramírez y otros.



la gravedad del delito para que pueda ser requerida, se puede dictar por ejemplo, en un caso de receptación, que está sancionado con pena no mayor de tres años. En este caso, el fiscal debe de determinar el objetivo de su requerimiento, pues no puede solicitar la prisión preventiva, cuando la pena es inferior a cuatro años y no se cumple con uno de sus presupuestos materiales.

Tercer supuesto. El juez dictará mandato de detención preliminar, cuando el detenido logre darse a la fuga de un centro de detención preliminar (261.1.c).

Significa que cuando un imputado detenido en flagrancia se da a la fuga de los calabozos de una dependencia policial, de las instalaciones de la policía judicial o del centro de detención de la fiscalía, el fiscal le puede requerir al juez el mandato de detención preliminar, dependiendo de la finalidad de la medida.

Puede darse el caso en el que el imputado detenido en flagrancia fugue cuando no está físicamente detenido en un centro de detención preliminar, cuando está siendo, por ejemplo, trasladado de la comisaría a la fiscalía, o de esta última al Poder Judicial. Si interpretamos, en este caso, literalmente la norma procesal en comento, no se podría dictar detención preliminar, ya que la fuga no se ha producido de un centro de detención preliminar; sin embargo, también debe aplicarse, para que cuando sea detenido el imputado pueda cumplirse con la finalidad que motivó la detención original.

Por otro lado, si el imputado que ha sido detenido por una orden de detención preliminar, se fuga del centro respectivo o cuando está siendo trasladado a donde corresponde, el fiscal debe requerir su recaptura para que continúe en detención preliminar y pueda solicitar a su vez también la prisión preventiva.

4.3. La detención preliminar judicial, las diligencias preliminares y la formalización de la investigación preparatoria

La etapa de las diligencias preliminares (330) tiene por finalidad inmediata realizar actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad. Su plazo es de 20 días, salvo que el fiscal fije un plazo distinto debido a las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de la investigación (334.2); teniéndose presente que las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria (337.2).



La solicitud fiscal para que el juez dicte detención preliminar tiene que ser realizada conforme al modelo del NCPP, y únicamente en la etapa de investigación preliminar. En Huaura, en determinados casos, los fiscales han presentado requerimientos cuando ya se había vencido el plazo de las diligencias preliminares²¹ y han formalizado la investigación mucho tiempo después de la fecha del requerimiento y de la concesión del mandato. Inclusive, en Huaral, un fiscal solicitó que se dicte mandato de detención preliminar, una semana después de que había formalizado la investigación, es decir, cuando ya estaban concluidas las diligencias preliminares. Esto desnaturaliza el trámite del proceso, porque este mandato solo debe dictarse en la etapa de las diligencias preliminares. En forma similar se ha pronunciado la fiscal adjunta superior titular Rosa Bertha Zapata León, de la Segunda Fiscalía Superior de Huaura²².

4.4. Trámite a seguir para el mandato de detención preliminar judicial a ejecutarse cuando ya existe formalización de la investigación y el proceso se encuentra en la etapa de investigación preparatoria, intermedia o de juzgamiento

El NCPP no ha establecido el trámite que se debe seguir cuando el investigado –contra quien se ha dictado mandato de detención preliminar– no ha sido ubicado y detenido en la investigación preliminar y es capturado cuando ya existe formalización de la investigación en el transcurso de la investigación preparatoria, en la etapa intermedia o en la etapa de juzgamiento: ¿qué hacer con el detenido cuando se produzca este supuesto? Para responder esta interrogante debemos tener en cuenta, en primer lugar, las finalidades para las que el fiscal requirió que se dicte el mandato de detención preliminar judicial, que pueden ser las siguientes:

-
- 21 Cuaderno de cese de prisión preventiva N° 579-2006, procedente del Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura, seguido contra Jhony Alex Montañés Palma y Carlos Raúl Chumbes Collantes, en el que la investigación preliminar se inició en el mes de octubre y recién se requirió detención preliminar en el mes de diciembre del año 2006.
 - 22 Recurso de casación que interpuso en el cuaderno de prisión preventiva N° 1456-2007, fundamento 3.a) donde señala que la índole esencial de la detención preliminar es que se trata de una privación de la libertad para hacer pesquisas. Que la idea conceptual por la cual se ordena es para poder hacer investigaciones que no vinculan a una formalización de la investigación.



- a) La detención preliminar fue requerida para realizar diligencias preliminares

Cuando la detención preliminar ha sido requerida con el propósito de realizar diligencias preliminares con la presencia del imputado, y este ha sido detenido cuando ya terminó la etapa de las diligencias preliminares, con posterioridad a la formalización de la investigación, el fiscal debe poner en libertad al imputado porque el plazo para realizar esta diligencias ya terminó. Por lo que la detención carece de objeto.

Salvo que haya previsto en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, que determinadas diligencias preliminares como el reconocimiento, por ejemplo, se realizarán cuando el imputado haya sido detenido, por lo que es necesario que el mandato de detención este vigente hasta que culmine la investigación preparatoria, de no ser así debe pedir que sea declarado sin efecto.

En el mismo sentido, el fiscal debe requerir que el juez deje sin efecto el mandato de detención preliminar, cuando el proceso se encuentra en la etapa intermedia o de juzgamiento, porque ya no es posible realizar actos de investigación en estas etapas. Por lo que carece de sentido, que continúe vigente ese mandato, tomándose en cuenta que algunas requisitorias caducan a los seis meses y otras no caducan.

- b) La detención preliminar fue requerida con la finalidad de solicitar prisión preventiva.

Si, durante el desarrollo de las diligencias preliminares, el fiscal considera que se debe dictar prisión preventiva contra el imputado, le solicita al juez su detención preliminar. Si el imputado no es capturado en la etapa de las diligencias preliminares, sino que se efectiviza con posterioridad a la formalización de la investigación, en cualquiera de las siguientes etapas, la Policía lo pondrá a disposición del juez de la investigación preparatoria, para que verifique su identidad y garantice el respeto a sus derechos fundamentales, y este lo pondrá a disposición del fiscal, ingresándolo a un centro de detención preliminar, para requerirle al juez audiencia para la determinación de la prisión preventiva, que será tramitada con las formalidades establecidas en el artículo 271.

4.5. El trámite para resolver el requerimiento fiscal de detención preliminar judicial

Cuando el fiscal solicita que el juez dicte el mandato de detención preliminar y se encuentra en las diligencias preliminares, no está obligado a formalizar la investigación, porque este requerimiento solo puede hacerlo cuando todavía no existe la formalización de la investigación y el proceso se encuentra en diligencias preliminares. Por lo tanto, los mandatos de detención preliminar judicial, solo se pueden dictar en la etapa de diligencias preliminares. La imposición de una medida coercitiva como la detención preliminar, antes de formalizar la investigación, es una excepción a la regla general prevista en el artículo 338.4.

El juez debe proceder conforme lo dispone el artículo 261.1 que establece la obligación de resolver sin trámite alguno, es decir, que la emisión de la resolución debe hacerse en forma inmediata después de recibir el requerimiento fiscal, por este motivo, incluso la norma autoriza (261.3) que se puede ordenar su cumplimiento por correo electrónico, fax, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial, esto tiene un fundamento y razón de ser, porque en el supuesto en que no exista flagrancia y la policía tenga ubicado al imputado, que se encuentra involucrado en un delito de suma gravedad, necesita del mandato judicial en forma inmediata para proceder a detenerlo y no horas después, al día siguiente o incluso después de días.

Asimismo, cuando el juez decreta el mandato de detención preliminar, debe disponer conforme al 263.2, que una vez que la policía ha detenido al imputado, debe ponerlo inmediatamente a su disposición, para que con la presencia de su defensor o el de oficio, verifique su identidad y garantice el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Esta verificación debe de hacerla también el juez de la investigación preparatoria de turno, aunque no haya decretado la detención, y acto seguido su ingreso en un centro de detención preliminar (comisarías); pondrá finalmente al detenido a disposición del fiscal requirente por el plazo de 24 horas para que proceda de acuerdo a sus atribuciones.

4.6. Los datos que se deben consignar en la requisitoria del imputado que se encuentra con mandato de detención preliminar judicial

El auto que dicta el mandato de detención (261.2), debe contener los nombres y apellidos completos del imputado, su edad, sexo, lugar y fecha de nacimiento.



Los datos que anteceden son los mismos que contiene la Ley N° 27411 que regula el procedimiento en los casos de homonimia y su modificatoria, la Ley N° 28121. Esta última cambió el último dato de lugar y fecha de nacimiento por las características físicas de talla y contextura, ya que puede darse el caso en el que dos homónimos tengan también la misma edad, sexo y fecha de nacimiento, pero las características físicas, talla y contextura siempre diferirán; además porque las personas indocumentadas dificultan a la policía la obtención de su fecha de nacimiento, a diferencia de las características físicas, talla y contextura, que puede ser proporcionada por terceros o incluso, de ser el caso, aplicando el control de identidad policial (205), por lo que debe modificarse el artículo 261.2, para evitar problemas posteriores.

4.7. La vigencia del mandato de detención preliminar, y si el juez está facultado a renovar las requisitorias de oficio

La requisitoria del mandato de detención preliminar judicial, para los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, no caduca hasta la efectiva detención de los requisitoriados, por lo que no existe necesidad de renovarla. Por otra parte, para lo demás delitos tiene una vigencia de seis meses, vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas (261.4). En este punto, cabe hacerse la siguiente pregunta:

¿El juez de la investigación preparatoria o el juez de juzgamiento tienen que renovar las capturas del mandato de detención preliminar de oficio o es necesario el requerimiento del fiscal?

En los casos de espionaje, terrorismo y tráfico ilícito de drogas, cuando se ejecute la orden de detención, así el proceso se encuentre en la etapa de juzgamiento, el detenido debe ser puesto a disposición del juez de la investigación preparatoria (263.2), y él lo pondrá a disposición del fiscal, para que decida si requerirá audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva (264.1).

Cuando se trata de otros delitos, las requisitorias del mandato de detención preliminar tienen una vigencia de seis meses, a cuyo vencimiento caducará²³. Esto significa que la medida desaparece si no es renovada, y

23 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, caducar significa perder eficacia o ritualidad, y caduco significa percedero, poco durable, pág. 263.



la renovación debe ser requerida por el fiscal porque este mandato solo puede dictarse a su requerimiento (255.1 y 261.1).

Si el juez renueva de oficio, puede suceder que, cuando el detenido es puesto a disposición del fiscal, considere que ya no es necesaria su detención, porque han cambiado las condiciones que motivaron su necesidad, pues, por ejemplo, ya no pueden realizarse los actos de investigación que la hicieron necesaria (reconocimiento o intervención corporal, entre otros).

La renovación de las requisitorias de ubicación y captura o el mantenimiento de su vigencia, según el caso, solo se justifica para que el fiscal pida la prisión preventiva del imputado detenido.

4.8. Las opciones que tiene el fiscal, cuando una persona es detenida por una orden de detención preliminar judicial o por flagrancia, antes de que formalice la investigación

Tiene las siguientes opciones:

- a) Efectuar diligencias preliminares con la presencia del investigado por el plazo de 24 horas, al término del cual, puede dar libertad al detenido y formalizar o no la investigación. Si solicita la prisión preventiva está obligado a formalizar (264.1).
- b) Requerir que se convalide la detención preliminar hasta por un máximo de siete días (266.3, 286.1), este supuesto no se aplica en el caso de detención por flagrancia.
- c) Formalizar la investigación y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva o darle libertad al detenido (264.1).
- d) Acusar directamente y requerir audiencia para que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (336.4).
- e) Requerir la aplicación del proceso inmediato y al mismo tiempo que se dicte mandato de prisión preventiva, o darle libertad al detenido (447.1).
- f) Archivar lo actuado en la investigación preliminar y darle libertad al detenido (334.1).
- g) Cuando ha formalizado la investigación y el proceso se encuentra en la etapa intermedia o de juzgamiento, requerir que se dicte prisión preventiva contra el detenido o darle libertad.



5. La convalidación de la detención preliminar judicial

Convalidación es la acción y efecto de convalidar, que significa confirmar o revalidar, especialmente los actos jurídicos²⁴.

El código ha establecido la posibilidad de que el fiscal requiera la convalidación del mandato de detención preliminar judicial por un máximo de 7 días, para que pueda realizar actos de investigación urgentes en los que es indispensable la presencia del investigado. En el supuesto de que el investigado sea detenido en flagrancia no es necesaria la convalidación, pues no existe la urgencia de realizar actos de investigación que corroboren la imputación, ya que ha sido detenido en flagrante delito.

El artículo 266.3 establece que la convalidación de la orden de detención preliminar judicial tiene una duración de siete días a cuyo vencimiento la policía pone al imputado a disposición del juez de la investigación preparatoria para que determine si dicta la prisión preventiva o comparecencia simple o restrictiva.

El fiscal, al vencimiento del plazo de convalidación de la detención preliminar judicial, cuando pone a disposición del juez al detenido, tiene las siguientes opciones:

- a) No requiere que el juez dicte mandato de prisión preventiva. En ese caso, el juez debe dictar comparecencia simple (286.1). Si es así, el fiscal está obligado a formalizar la investigación al término del plazo de la convalidación, pues el juez no podrá dictar la medida cautelar de comparecencia simple por la inexistencia de la citada formalización (338.4).
- b) Requiere que dicte mandato de prisión preventiva; en ese caso el juez, previa audiencia, dictará mandato de prisión preventiva o mandato de comparecencia con restricciones o simple (271.4, 286.2).

De lo señalado puede determinarse que en el supuesto "a", si el fiscal solo pone a disposición del juez al detenido, sin presentar ningún requerimiento, el juez está obligado a dictar comparecencia simple. Esto vulnera el artículo VI del Título Preliminar del NCPP, que establece que las medidas limitativas de derechos, se impondrán mediante resolución motivada a instancia de la parte procesal legitimada, así como los preceptos generales de las medidas de coerción procesal del Código, es-

24 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima segunda edición, pág. 437.



pecíficamente el artículo 254.1, el cual indica que las medidas que el juez de la investigación preparatoria imponga, en esos casos, requieren resolución judicial especialmente motivada, previa solicitud del sujeto procesal legitimado, finalmente vulnera también el artículo 255.1, puesto que las medidas de ese título solo se impondrán por el juez a solicitud del fiscal. En consecuencia, en este caso el juez no debe dictar ninguna medida coercitiva, dejando al imputado en inmediata libertad. Esto determinará también que el fiscal no esté obligado a formalizar la investigación y pueda continuar investigando preliminarmente.

5.1. Los motivos por los que el fiscal requiere que el juez convalide la orden de detención preliminar judicial

El Código no ha establecido los motivos, razones o fundamentos por los que el fiscal puede requerir que el juez convalide la detención preliminar judicial. En este supuesto pueden presentarse las siguientes situaciones:

- a) Que el fiscal necesite realizar una diligencia de suma urgencia, que no le fue posible ejecutar en el plazo de 24 horas de detención preliminar, y necesita la presencia del investigado para realizar uno o varios actos de investigación que pueden ser la intervención corporal (211), o una inspección en un lugar que eventualmente puede ser destruido, diligencia que no ha podido realizar dentro de las 24 horas de detención preliminar judicial; o,
- b) Que el fiscal necesite recabar información, pruebas documentales o periciales relacionadas con la investigación, realizar actos de investigación urgentes, porque según su estrategia acusará directamente o pedirá la aplicación del proceso inmediato sin formalizar la investigación, y la convalidación de la detención le permitirá reunir más elementos de convicción, para que pueda saltar la etapa de la investigación preparatoria e incluso la etapa intermedia, y de esta manera es más eficiente y eficaz en su labor persecutoria del delito.

6. ¿El mandato de detención preliminar judicial o solo “detención judicial”?

El mandato de detención preliminar judicial debe llamarse mandato de detención judicial conforme legisla el Derecho comparado, porque el adjetivo “preliminar” lo relaciona con la investigación preliminar y pueden darse casos en los que el investigado con orden de detención no ha sido capturado y la etapa de investigación preliminar ha precluido y el fiscal ha formalizado la investigación, ha acusado y ya se ha realizado



la audiencia preliminar o se puede estar en la etapa de juzgamiento, si existen otros imputados habidos. Por lo que el adjetivo "preliminar" es inadecuado y más bien subsiste la calidad de mandato judicial.

Con la posibilidad de la renovación cada seis meses, de la orden de captura, el mandato de detención puede continuar y en este supuesto, su subsistencia, será exclusivamente, para que cuando sea detenido el imputado, el fiscal requiera que se dicte mandato de prisión preventiva previa audiencia.

Sin embargo, el NCPP en cierta manera legisla la detención judicial, y lo hace cuando en algunos dispositivos autoriza al juez que ordene la conducción compulsiva de un imputado (79.2, 359.4, 364.1, 423.4) cuando es obligatoria su presencia en las audiencias o actuaciones procesales, y no concurre sin causa justa, es declarado reo contumaz (79.1.a, y 79.3), mandato conocido también como detención por rebeldía penal²⁵, por este motivo considero que se debe uniformizar el término "detención judicial" para todos estos casos y un ejemplo puede ser tomado de la legislación procesal comparada²⁶.

La declaración de contumacia merece especial cuidado, porque solo puede efectivizarse para la realización de una actuación procesal que requiera de la presencia obligatoria del imputado. De no ser así, la sola negativa o incomparecencia del imputado a una actuación procesal, como la audiencia preliminar donde no es obligatoria su presencia (345.3, 351), no puede dar lugar a que se le declare reo contumaz y se ordene su conducción compulsiva.

La resolución judicial de conducción compulsiva que debe hacer el juez, a requerimiento del fiscal y que debería denominarse "detención judicial"²⁷, debe contener las formalidades de las requisitorias estipuladas por el NCPP para la detención preliminar (261.2), indicándose que si

25 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 1101.

26 Artículo 127 CPP Chile. Detención Judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de esta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada.

27 En forma similar se pronuncia Gonzalo del Río Labarte, en cuanto a la conducción compulsiva en el caso de faltas (485.2) también la denomina "detención judicial", en la prisión preventiva en el NCPP. En: *Actualidad jurídica*. Gaceta Jurídica. Marzo, 2007, pág. 159.



la policía logra ubicar en horas de la noche al requerido, debe ponerlo a disposición del juez en la primera hora hábil del despacho judicial o fiscal, salvo disposición distinta, que se debe consignar en el oficio de requisitoria o conducción.

Refuerza esta posición cuando el NCPP prevé, que cuando el imputado fugue del establecimiento o lugar en donde esta detenido o preso (79.1.b) se ordene su conducción compulsiva previa declaración de contumacia (79.3), y ha legislado en similar sentido para ordenar la detención preliminar cuando el detenido se fugare de un centro de detención preliminar (261.1.c).

La figura de la conducción compulsiva debe mantenerse cuando la dispone el fiscal y el juez en lo que respecta a los peritos, testigos.

Los mandatos de conducción compulsiva no caducan hasta el cumplimiento de su objetivo, porque la norma procesal no ha dispuesto su renovación.

III. LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. Concepto

El Código establece los presupuestos materiales que deben de concurrir para que se dicte esta medida cautelar (268), pero no la define. Es una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse²⁸. Consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento²⁹.

Binder, señala que no sería admisible constitucionalmente la prisión preventiva si no se dan otros requisitos (además de la existencia del hecho y de la participación del imputado en él): los llamados "requisitos procesales". Estos requisitos se fundan en el hecho de que ese encarcelamiento preventivo sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena³⁰. Con

28 Academia de la Magistratura. Ob. cit., pág. 307.

29 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., págs. 389.

30 BINDER M. Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc S.R.L. Abril, 1993, pág. 198.

respecto al peligro de fuga, y el peligro de entorpecimiento de la investigación, este autor indica que solamente el primero puede constituir un fundamento genuino para el encarcelamiento preventivo. El entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerales medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad³¹.

La prisión preventiva debe entenderse como el ingreso del imputado a un centro penitenciario para evitar que evada a la acción de la justicia o produzca el entorpecimiento o destrucción de la actividad probatoria. Por lo que no tiene como finalidad requisitoriar al imputado dictando órdenes para su ubicación y captura.

Ferrajoli considera que la presunción de inocencia está asociada a la regla de tratamiento del imputado, que excluye o al menos restringe al mínimo la limitación de la libertad personal, por lo que la prisión provisional antes de la condena es ilegítima e inadmisibles, ya que vulnera el principio de jurisdiccionalidad, este a su vez no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un juez, sino en poder serlo solo sobre la base de un juicio. Así, todo arresto sin juicio ofende el sentimiento común de la justicia Ferrajoli aboga por un proceso sin prisión provisional, porque así no solamente se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también y sobre todo, por necesidades procesales, para que quede situado en pie de igualdad con la acusación. Acepta también que existe la posibilidad de que el imputado libre altere las pruebas, pero contesta señalando que ningún valor o principio puede satisfacerse sin costes, que el sistema penal debe estar dispuesto a pagar, si quiere salvaguardar su razón de ser³².

La imposición de esta gravosa medida limitativa de la libertad, que es uno de los principales derechos fundamentales, debe dictarse en una audiencia, con la presencia obligatoria del imputado y su defensor, amén del fiscal, disponiéndose el ingreso del imputado a un centro penitenciario. Audiencia indispensable para que no se vulnere su derecho

31 Ibid., pág. 199.

32 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón, teoría del galantismo penal*. Editorial Trota. 1995, págs. 555-559.



de defensa y a ser oído, por lo que en el nuevo modelo procesal penal, no deben dictarse prisiones preventivas contra ausentes.

Si no se entiende de esta manera, puede darse el caso que si al imputado se le decreta prisión preventiva en ausencia, impugne este mandato y si el tribunal superior lo revoca, significará que en ningún momento hubo tal prisión preventiva.

El sistema procesal penal chileno, para evitar que se decreten prisiones preventivas contra ausentes, acertadamente, contempla como requisito de validez de la audiencia de "prisión preventiva", la presencia del imputado y su defensor³³, lo que significa que si se declara fundado el requerimiento fiscal, el imputado inmediatamente será encarcelado preventivamente. Para asegurar la presencia física de los imputados, en esta audiencia, el fiscal puede requerir que se dicte su "detención judicial", en nuestro caso conocida como "detención preliminar (261)"³⁴, que puede suplirse con la orden conducción compulsiva (79.1.a, 79.3) para que, precisamente, una vez ejecutada esta medida se realice la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva con la presencia del imputado.

2. Los principios que deben tenerse en cuenta para aplicar o inaplicar la prisión preventiva

- a) **Excepcionalidad e instrumentalidad.** La regla es que el imputado debe ser investigado en libertad, y la prisión es la excepción y debe decretarse solo cuando resulte indispensable (253.3); el principio de instrumentalidad, por su parte, califica dicha excepcionalidad, determinando que ellas no constituyen un fin por sí mismo, sino que están orientadas a la consecución de fines de carácter procesal³⁵.

33 Artículo 142 del CPP de Chile. Tramitación de la solicitud de prisión preventiva, 3er. párrafo, "la presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en la que se resolverá la solicitud de prisión preventiva".

34 Artículo 127 CPP Chile. Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada. También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de esta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada.

35 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., pág. 352.



- b) **Proporcionalidad.** Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar, se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, debiendo la norma procesal comprender para dicho efecto el *fumus bonis iuris*, que significa la apariencia que revela una hipótesis razonable de futuro de una condena, frente al sujeto privado de libertad, y el *periculum in mora*, que se divide a su vez, en la prevención del riesgo de fuga y el peligro de obstaculización³⁶.

Este principio no ha sido tomado en cuenta por el legislador cuando dictó la Ley N° 28726, cuyo artículo cuarto modifica el artículo 135.2 del CPP de 1991, vigente en los demás distritos judiciales con excepción de Huaura y la Libertad, que establece como uno de los presupuestos materiales para dictar la prisión preventiva, que la pena sea superior a un año. En este caso y en relación con el principio de proporcionalidad, ¿qué riesgo de fuga puede haber cuando la pena que se prevé como resultado del procedimiento no es grave? Porque la pena no va a ser efectiva dada la baja penalidad del delito que es leve y, sin embargo, el imputado puede sufrir carcerería y ¿qué sentido tiene la carcerería cuando no hay riesgo de fuga?

La violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión³⁷. Por lo que, finalmente será el juez quien debe tener presente este principio cuando tenga que decidir si ordena la prisión preventiva de un imputado.

- c) **Provisionalidad.** Las medidas cautelares personales están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, por la que solamente han de permanecer, en tanto subsistan las consideraciones que les sirvieron de fundamento³⁸, (255.2). A este principio, Binder lo denomina “necesaria limitación temporal”. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso, adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes³⁹.

36 Academia de la Magistratura. Ob. cit., págs. 328 y 329.

37 BINDER, Alberto M. Ob. cit., pág. 200.

38 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., pág. 353.

39 BINDER, Alberto M. Ob. cit., pág. 201.



- d) **Jurisdiccionalidad.** Este principio significa que la prisión preventiva, solo puede ser dictada por una autoridad judicial (268), a diferencia de la detención, que como hemos referido anteriormente, puede ser realizada por la policía (259, 205) y el fiscal (66.1).
- e) **Legalidad.** La ley establece el procedimiento y los presupuestos para aplicar “la prisión preventiva”. Solo son admisibles aquellas restricciones que la ley expresamente dispone, solo podrá acordarse en el seno del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de otro tipo y su adopción y desarrollo se habrán de acomodar a las determinaciones previstas en el Código Procesal Penal⁴⁰ (VI del TP).
- f) **Tratamiento adecuado al encarcelado preventivamente.** La persona contra quien se dictó la prisión preventiva es encarcelado sin haber sido sentenciado a cumplir una determinada pena. Este hecho, como dice Binder, hace que el encarcelamiento preventivo sea semejante a una pena. Sin embargo, existen ciertas orientaciones respecto del trato que deben de recibir esta clase de encarcelados, que deben ser necesariamente atendidas. El preso en prisión preventiva debe ser tratado de modo tal que se minimicen todos los efectos propios de la privación de la libertad, por eso existe el principio de humanización de las cárceles, en lo que respecta a la pena y por el principio de minimización de la violencia a que está sometido el preso en prisión preventiva⁴¹.

3. ¿El imputado debe estar presente en la audiencia para que se pueda dictar mandato de prisión preventiva?

Según el NCPP, el principio es que se dicte el mandato de prisión preventiva en una audiencia, con la presencia del imputado. Por lo menos así está establecido cuando el investigado ha sido detenido en flagrancia o en mérito a un mandato de detención preliminar judicial (264.1).

Sin embargo, existe incoherencia en otros supuestos. Cuando se trata de la audiencia para la revocatoria de la comparencia por prisión preventiva (279.1 y 287.3) y cuando no se ha establecido que cuando la sala penal revisa en grado el auto que no acepta la prisión preventiva requerida por el fiscal, solo puede anular la resolución y no revocar el

40 Academia de la Magistratura. Ob. cit., pág. 399.

41 BINDER, M. Alberto. Ob. cit., pág. 202.



mandato de comparencia por prisión, toda vez que en la vista de causa no es obligatoria la presencia del imputado y su abogado, y puede pronunciarse aunque no concurra ninguno. En Huaura, se han presentado algunos casos, en los que en mayoría, con mi voto discordante, la sala de apelaciones ha revocado el auto que hacía cesar la prisión preventiva, y ha ordenado que el imputado ingrese al penal, disponiendo las requisitorias respectivas⁴².

Asimismo, para dictar una medida de coerción procesal como la prisión preventiva cuando el imputado no registra ninguna medida cautelar personal, según el artículo 254.1, que remite al 203 numerales 2 y 4, y este a su vez al artículo 8 del NCPP, dan a entender que no es necesaria la presencia obligatoria del imputado en la audiencia de prisión preventiva.

El mandato de prisión preventiva, dictado contra un imputado que no se encuentra presente en la audiencia, contradice su propio concepto, ya que la palabra prisión significa cárcel o sitio donde se encierra y asegura a los presos, y específicamente, prisión preventiva significa: "la que sufre el procesado durante la sustanciación del juicio"⁴³. Entonces, si se dicta el mandato de prisión preventiva contra un imputado ausente o que no se encuentra presente en la audiencia, no se puede afirmar que está sufriendo de esta medida cautelar, durante la sustanciación del proceso es obvio que no es así, porque está libre, por lo que debe de establecerse, modificándose la norma procesal, que las audiencias para determinar la prisión preventiva deben de contar con la presencia obligatoria del imputado. En caso de no asistir a la audiencia sin causa justa debe disponerse su conducción compulsiva para este fin, determinándose como excepción el dictado de la prisión preventiva sin audiencia solamente cuando el imputado no concurra sin causa justa al juicio oral, y en este supuesto solamente porque es imposible realizar el juicio oral inmediatamente.

4. El NCPP no ha previsto que se dicten requisitorias contra el imputado que se encuentra con prisión preventiva pendiente de ejecución

Para el mandato de prisión preventiva contra el imputado libre no se ha previsto su requisitoria, ni el plazo de su caducidad, que sí se ha recogido

42 Cuaderno de apelación de cese de prisión preventiva N° 2006-01686-53-1308-JR-PE-2, Resolución número 06 del 7 de mayo 2007. Cuaderno de apelación de cese de prisión preventiva número 31-2007 FL. 69, Resolución número 3, del 23 de marzo 2007.

43 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22 edición 2001. Tomo 8. Pág. 1245.



para el mandato de detención preliminar judicial. Por lo que sigue siendo la intención del legislador, que no existan mandatos de prisión preventiva contra imputados libres, sino solamente cuando exista la certeza de que ingresarán a la prisión luego de una audiencia. Por lo que, lo estipulado en los artículos 279 y 254.1, vulnera los principios constitucionales de defensa, contradicción y a ser oído. Debe tenerse en cuenta que cuando el imputado se encuentra cumpliendo prisión preventiva, este pide el cese o el fiscal requiere su prolongación, si aparece como obligatoria la presencia del imputado en la audiencia (274.2, 283 2. párrafo).

El artículo 79.1.c, es una muestra de que el NCPP no ha previsto la requisitoria contra un imputado ausente que tenga el mandato de prisión preventiva, pues prescribe que se puede ordenar la conducción compulsiva del imputado, previa declaración de contumacia cuando no obedezca una orden de detención o prisión, pese a tener conocimiento de su emisión, lo que significa que no se han previsto las requisitorias cuando se dicta prisión preventiva contra un imputado ausente.

La Sala Penal de Huaura, en mayoría, ha dictado prisiones preventivas en la vista de causa sin presencia del imputado, y ha dictado requisitorias contra el ausente. Considero que ya que el código no ha previsto esta situación, entonces, el auto que ordena la prisión preventiva no debe requisitoriar, sino ordenar la conducción compulsiva (79.1.c), para que cuando el imputado sea habido y conducido al despacho del juez, este ordene la ejecución de la prisión preventiva ya ordenada. Por otro lado, la inexistencia de la norma que autorice dictar estas requisitorias y su renovación, determina que estas caducarán a la captura del imputado.

5. La prisión preventiva sin audiencia en el proceso por faltas y la declaración de contumacia para el juicio oral

El Código, en el proceso por faltas, ha previsto que el juez de paz letrado, ordene la prisión preventiva del imputado que no concurre a una audiencia (485.2), que consta de una sola sesión y que podrá suspenderse por un plazo no mayor a tres días, cuando resulte indispensable la actuación de algún medio probatorio.

Para ejecutar el mandato de prisión preventiva, el juez de paz letrado no dicta requisitorias, sino que ordena la conducción compulsiva, para que cuando el imputado sea puesto a disposición de su despacho, realice la audiencia con su presencia, no necesariamente el mismo día, sino que



puede suspenderse hasta por un plazo no mayor de 3 días (484.5), para la actuación de algún medio probatorio⁴⁴.

Sin embargo en el caso de los delitos, sin causa justa, el imputado no concurre al juicio oral, debe ser declarado reo contumaz y ordenarse su conducción compulsiva. Y la ley no prevé que se dicte su prisión preventiva. Esto genera un problema, porque el trámite para la instalación de la audiencia de juicio oral tiene una duración no menor a diez días y el reo contumaz no puede ser conducido a la audiencia de juicio oral porque no puede instalarse ni menos darse inicio, ya que previamente tiene que citarse a los demás sujetos procesales, testigos y peritos ofrecidos y admitidos, con la debida anticipación.

Esto determina que el juez proceda a dar libertad al imputado que fue contumaz, citándolo a la audiencia de juicio oral, bajo apercibimiento de ser declarado nuevamente reo contumaz, porque no puede mantenerse al imputado en calidad reo contumaz por diez días, ingresándolo a un centro de detención preliminar o como preso preventivo, en un establecimiento penitenciario, porque no tiene la calidad de detenido o preso preventivo. Por lo demás, la calidad de reo contumaz desaparece una vez que el imputado es compulsivamente puesto a disposición del juez para que realice la audiencia, que como he explicado no puede realizarse en el momento, entonces la otra posibilidad es que permanezca privado de libertad sin hacer cesar la contumacia hasta la realización del juicio oral. Por lo que, debe modificarse la norma, ordenándose el mandato de prisión preventiva contra el imputado renuente a presentarse al juicio oral, como en el caso del procedimiento por faltas, y la legislación chilena⁴⁵.

44 Gonzalo del Río Labarthe, tiene razón cuando señala que la autorización del artículo 485.2 del NCPP, al Juez de Paz para decretar prisión preventiva, contraviene lo dispuesto en el artículo 268, que legisla sobre los presupuestos materiales para dictar prisión preventiva, por lo cual devendría en inaplicable; *Revista de actualidad jurídica*, marzo 2007, pág. 159. Sin embargo opino que la aplicación de la prisión preventiva en el procedimiento por faltas, aunque parezca desproporcional, el fin es distinto, que se efectivizara excepcionalmente cuando no se pueda realizar la audiencia en un solo día, por cuanto es cierto que se puede utilizar la detención judicial (conducción compulsiva), pero dicha medida no soluciona el problema para tener privado de libertad a una persona por mas de un día, por ese motivo se requiere que dicha medida con mas razón se aplique en el caso de delitos.

45 Artículo 33 del C.P.P. de Chile, tercer párrafo: "El Tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva



6. El trámite del requerimiento de prisión preventiva

6.1. Oportunidades en las que el fiscal puede requerir audiencia para que se determine la procedencia de la prisión preventiva

- a) En la etapa de investigación preliminar, el fiscal requiere por primera vez que se dicte la prisión preventiva.

Antes de formalizar la investigación en la etapa preliminar, el fiscal puede requerir al juez que dicte la medida cautelar de prisión preventiva, cuando el investigado está detenido.

El artículo 264.1. establece lo siguiente: “la detención policial de oficio o la detención preliminar solo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si comunicando al juez de la investigación preparatoria la continuación de las investigaciones solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa. En consecuencia, de acuerdo a esta norma, para que el fiscal presente el requerimiento de prisión preventiva, debe encontrarse el imputado detenido en flagrancia por la policía o mediante arresto ciudadano (259 y 260), o en su defecto cuando se haya ejecutado la detención preliminar previamente ordenada por el juez en el supuesto de inexistencia de flagrancia.

De acuerdo al 264.1 está claro que el fiscal para requerir la prisión preventiva, el imputado debe estar detenido, entonces se continuará con el trámite para realizar la audiencia de prisión preventiva, según los pasos descritos en el artículo 271.

La audiencia se celebrará con la concurrencia obligatoria del fiscal, el imputado y su defensor, y si bien el numeral 2 del citado dispositivo establece que si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia será representado por su abogado o el defensor de oficio, en este caso, debe entenderse que el imputado detenido expresa su voluntad de negarse a estar presente en la audiencia, pues este numeral se relaciona con el numeral 1, y este a su vez en lo establecido en el 264.1.

hasta la realización de la actuación respectiva”. Artículo 141.c, tercer párrafo: “Se decretara también la prisión preventiva del imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictara en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante”.



- b) El trámite para dictar la prisión preventiva cuando el imputado se encuentra libre, en el momento o después que el fiscal formaliza la investigación.

Puede suceder que el fiscal no haya requerido que el juez dicte el mandato de detención preliminar y el imputado no esté requisitoriado, y se ha limitado a formalizar la investigación, pero podría conjuntamente con dicho acto, o en el transcurso de la investigación, requerir que se dicte la prisión preventiva de un imputado que no se encuentra privado de su libertad, ya que existen normas procesales que autorizan al fiscal a presentar este requerimiento, que son las siguientes⁴⁶:

El artículo 254.1, del NCPP, establece los requisitos y el trámite del auto judicial que resuelve las medidas de coerción procesal, estableciendo en dicho dispositivo que se realiza previa solicitud del sujeto legitimado, es decir, el fiscal tiene que requerir al juez que dicte la prisión preventiva y en este caso, para los efectos del trámite, rigen los numerales 2) y 4) del artículo 203.

Al ser la prisión preventiva una medida de coerción procesal de carácter personal y el imputado se encuentra libre, corresponde aplicar el citado dispositivo de carácter general y no el especial para los imputados detenidos.

El numeral 2) del artículo 203, establece que los requerimientos del Ministerio Público serán motivados y debidamente sustentados. El juez de la investigación preparatoria, decidirá inmediatamente sin trámite alguno. Si no existe riesgo fundado de pérdida de finalidad de la medida, el juez deberá correr traslado previamente a los sujetos procesales y, en especial, al afectado. Asimismo, para resolver, podrá disponer mediante resolución inimpugnable la realización

46 En el fundamento 03.5, de la Resolución N° 06 de fecha 26 de enero del 2006 del Cuaderno de Prisión Preventiva N° 1456-07, caso: Jimmy Einho Cavero Ramirez y otros, cuando el fiscal requirió la prisión preventiva de dos investigadas que se encontraban libres, después de haber formalizado la investigación, opiné que por no estar físicamente detenidas en mérito de haber sido intervenidas en flagrancia o en cumplimiento de un mandato de detención preliminar, se debería rechazar de plano dicho requerimiento, cuando en realidad conforme a la explicación indicada en el presente trabajo existen normas en el NCPP, que facultan al fiscal requerir se dicte prisión preventiva, aunque el imputado se encuentre libre, cuyo trámite es distinto al artículo 271 que corresponde a los que se encuentran físicamente detenidos, salvo en el caso de otro de los imputados al que el juez ya le había dictado la medida cautelar de detención preliminar, por lo que se encontraba requisitoriado.

de una audiencia, con intervención del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales, que se realizará con los asistentes.

En este supuesto, el juez siempre debe convocar a audiencia al imputado libre, para que garantice su derecho a ser oído y al contradictorio, que además es uno de sus roles fundamentales.

El numeral 3 del artículo 203, que también es aplicable en el presente caso, a su vez nos remite al artículo 8 del NCPP, que corresponde al trámite que se sigue cuando se deducen medios de defensa, tales como la cuestión previa y otros, para lo que también se convoca a una audiencia, con las formalidades previstas en este dispositivo y que el juez debe tener en cuenta cuando le requieran que dicte el mandato de prisión preventiva contra un imputado libre.

Asimismo, debe tenerse presente que la asistencia del imputado libre a la audiencia de prisión preventiva, puede cuestionar el peligro de fuga y el fiscal tiene que convencer que subsiste este supuesto material.

- c) El trámite cuando en la etapa intermedia el fiscal requiere que se dicte la prisión preventiva de un imputado que se encuentra libre y no tiene en su contra ninguna medida de coerción procesal.

El artículo 349.4, establece que el fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la investigación preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda, entonces es el momento procesal para que el fiscal solicite audiencia de prisión preventiva. El trámite debe realizarse de acuerdo a lo previsto en los artículos 254.1, 203.3.4., y 8 del NCPP.

- d) El trámite a seguir cuando en la etapa de juzgamiento, el fiscal requiere que se dicte la prisión preventiva de un imputado libre, que no tiene dictada ninguna medida de coerción procesal de carácter personal.

De producirse este supuesto que no ha previsto el código, el juez debe rechazar el requerimiento para no vulnerar el principio de legalidad, ya que el imputado que no asiste injustificadamente a la audiencia del juicio oral, será declarado reo contumaz, y se ordenará su conducción compulsiva para realizar la audiencia con su presencia obligatoria (355.4, 423.4, 463.2). Sin embargo, insisto en que la contumacia no soluciona la imposibilidad de realizar el juicio oral, en el momento en que es puesto a disposición del juez penal de juzgamiento. Por lo que debe modificarse la norma.



6.2. Requerimiento del fiscal para revocar el mandato de comparecencia por prisión preventiva, al comprobar la existencia de los presupuestos materiales del artículo 268

Cuando ya existe formalización de la investigación preparatoria y al imputado se le ha impuesto la medida cautelar de comparecencia restrictiva o simple, en este supuesto, si durante la investigación preparatoria resultaren indicios delictivos fundados de que está incurso en los supuestos del artículo 268, el juez a petición del fiscal, podrá variar la medida de comparecencia por prisión preventiva, siempre y cuando se acredite la concurrencia de los presupuestos materiales establecidos en la norma antes indicada, y sea necesaria la revocatoria, para lo que el juez citará a audiencia que según la norma procesal se realizará con los asistentes que concurran (279.3).

Cuando la norma señala que la audiencia se realizará con los asistentes que concurran, estimo que para que el juez resuelva, tiene que concurrir necesariamente el fiscal requirente para que sustente oralmente, ya que es la parte interesada. De no entenderse así, entonces el juez tendrá que resolver sin que exista contradictorio, con la sola revisión de papeles al estilo del sistema inquisitivo, dado que existe la posibilidad que no concurran ninguna de las partes. Interpretarlo de otra forma desnaturalizaría el modelo acusatorio con tendencia adversarial, teniendo en cuenta que toda restricción de la libertad, debe darse con las garantías que el código ha establecido para el desarrollo del juicio oral, como son la oralidad, la inmediación y la contradicción (356.1), es decir, en mi opinión no basta el requerimiento escrito, la realización de una audiencia contradictoria refuerza el derecho de defensa del imputado. No hay defensa sin contradicción, y ello implica estar en la capacidad de rebatir los argumentos que puedan justificar una medida limitativa de derechos fundamentales⁴⁷.

Asimismo, de no concurrir el imputado ni su defensor privado, el juez nombrará un defensor de oficio para que lo represente, garantizando de este modo el derecho a la defensa y la norma faculta al juez a revocar la medida de comparecencia por prisión preventiva aunque el imputado no haya concurrido sin causa justa.

47 DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. "La prisión preventiva en el NCPP, presupuestos, procedimientos y duración". En: *Revista Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica. Marzo 2007, pág. 160.

Finalmente, no debe olvidarse que este supuesto por mandato legal, solo puede verificarse en la etapa de investigación preparatoria, es decir, si el fiscal realiza dicho requerimiento en la etapa intermedia o de juzgamiento debe ser rechazado de plano.

6.3. El requerimiento del fiscal para revocar el mandato de comparecencia por prisión preventiva, ante el incumplimiento de las restricciones impuestas en el mandato de comparecencia

Si el imputado no cumple con las restricciones impuestas en el mandato de comparecencia, el fiscal puede requerir al juez la revocatoria de ese mandato por prisión preventiva, para este efecto debe citarse a la audiencia respectiva al fiscal, al imputado y a su defensor, el juez debe designar un defensor de oficio, que represente al imputado, si es que no concurre su defensor (287.3).

El artículo 287.3 tiene dos errores, el primero cuando señala literalmente: "(...) previo requerimiento por el fiscal o por el juzgador (...)", pues da a entender que sería el juez quien de oficio puede requerir el cumplimiento de las reglas de conducta, entenderlo y proceder de esta manera, vulneraría la imparcialidad del juez (artículo I del Título Preliminar), por lo que se debe optar por aplicar los preceptos generales que determinan que el auto que restringe derechos fundamentales requiere previa solicitud del sujeto procesal legitimado (254.1), y que las medidas solo se impondrán por el juez a solicitud del fiscal (255)⁴⁸. Aunque este supuesto de requerimiento, también puede interpretarse cuando el fiscal en algunos casos requiere directamente al imputado para que cumpla con la(s) regla(s) de conducta impuesta, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de recurrir al juez para solicitar la sustitución de la comparecencia por prisión, y en otros supuestos el fiscal solicitará al juez que requiera al imputado que cumpla con determinada regla de

48 ASECIO MELLADO, Jose María. Ob. cit., págs. 317-318, señala al respecto que el artículo 255 del NCPP, establece como principio general y rector, bajo el cual debe interpretarse cualquier laguna legal de forma restrictiva, que cualquier medida cautelar penal de carácter personal exige la previa petición del fiscal, así como que la fiscal y propio imputado corresponden la competencia para solicitar la reforma, revocación o sustitución de dichas resoluciones cautelares, por tal motivo opina que el artículo 256 deviene en norma inaplicable por carecer de desarrollo legal y general; yo agrego al igual que el autor español que también deviene en inaplicable el artículo 287.3, en el extremo materia del comentario, asimismo, en la parte pertinente del artículo 255.2.



conducta, bajo apercibimiento de iniciar el trámite para sustituir la medida de comparecencia por prisión.

El segundo error del artículo 287.3, es que en su parte final indica que el trámite que debe seguirse es el previsto en el artículo 288, y este dispositivo no se refiere a ningún trámite, sino a la clase de restricciones que el juez puede imponer cuando dicta comparecencia, por lo que este error debe corregirse reemplazándolo por el artículo 279, que sí legisla la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva, aunque por un supuesto distinto (cuando el imputado se encuentra incurso en los supuestos del 268).

La aplicación de este supuesto puede ser requerido en cualquiera de las etapas del proceso común, inclusive en el juzgamiento al no existir ninguna restricción al respecto, además bastará verificar el incumplimiento de cualquiera de las reglas impuestas al imputado para revocar la comparecencia por prisión. Eso sí, siempre a requerimiento del fiscal, que lo hará presentando el cuaderno respectivo.

6.4. El requerimiento del fiscal para revocar la libertad que viene gozando el imputado por exceso de carcelería

Cuando el imputado se encuentre cumpliendo prisión preventiva, durante el término señalado en el artículo 272, de 9 meses cuando la investigación no es compleja y de 18 cuando la investigación es compleja, si vencen dichos plazos y no se ha dictado la sentencia, entonces el juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado por exceso de carcelería.

Conforme el 273, el juez al verificar el cumplimiento de los plazos antes indicados sin dictar sentencia, debe otorgar la inmediata libertad e imponer el mandato de comparecencia con restricciones, como la obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, de presentarse ante la autoridad en los días que se le fijen (recomiendo que se ordene que se presenten ante el despacho del fiscal, para el respectivo control) y puede imponerse el pago de una caución, si las posibilidades del imputado lo permiten.

Si el imputado beneficiado con la revocatoria no cumple con asistir sin motivo legítimo a la primera citación que se le formule, la libertad será revocada inmediatamente. Para esto tiene que existir un requerimiento del fiscal y debe realizarse una audiencia con citación del imputado, su abogado defensor y al fiscal (276, 279), quien debe sustentar oralmente su petición ante el juez. Y si no concurre el defensor del imputado, se debe nombrar un defensor de oficio para no restringir el derecho de defensa.



7. ¿Los jueces de juzgamiento pueden otorgar de oficio o a pedido de parte la inmediata libertad al imputado cuando se cumple el plazo de duración de la prisión preventiva?

Los jueces de juzgamiento funcionalmente dirigen la etapa de juzgamiento, resuelven los incidentes que tienen que ver con el desarrollo del juicio oral (28.3), por lo que no están facultados para imponer, modificar, hacer cesar las medidas limitativas de derechos. Esa facultad es de competencia del juez de investigación preparatoria, (29.2, 353.3).

Por lo tanto, no existe posibilidad de que los jueces de juzgamiento conozcan de esta situación ya que al recibir la carpeta fiscal se limitan a citar a juicio oral y a formar la carpeta judicial, (355, 136.1) devolviendo todos los cuadernos al Ministerio Público (136.3), por lo que el control del plazo de la prisión preventiva le corresponde al juez de la investigación preparatoria, quien al momento de dictar la prisión preventiva impone el plazo de duración de la misma. De ahí que le corresponda, a su vencimiento, dictar la inmediata libertad en caso de que todavía no se haya dictado sentencia o no se haya prolongado la prisión, refuerza esta posición el hecho que la audiencia de prolongación es de competencia del juez de la investigación preparatoria (274.2).

Por lo que recomiendo que en los módulos penales en los que se aplica el nuevo modelo procesal penal, los administradores deben implementar una sección que controle los plazos de duración de la prisión preventiva, que antes de su vencimiento informen a los jueces de investigación preparatoria, para que estos a su vez en caso el proceso se encuentre en la etapa de juzgamiento, soliciten información sobre si ya se ha dictado sentencia.

Finalmente, no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa, entonces quien tiene la posibilidad de verificar si en la investigación hubo o no dilaciones maliciosas es el juez de la investigación preparatoria y no el juez de juzgamiento, quien después de formar el expediente judicial, devuelve todo lo actuado al fiscal, limitándose a realizar el juicio oral. Es decir el juez que va a excarcelar no se debe limitar a verificar el vencimiento del plazo de la prisión preventiva sino también a verificar antes de hacerlo si hubo o no dilaciones maliciosas.

8. ¿En qué casos la sala penal esta facultada a dictar la prisión preventiva de un imputado?

En los siguientes supuestos fácticos:



- a) Cuando el juez declara infundado el requerimiento de prisión preventiva, y dicta mandato de comparecencia con restricciones o simple (271.4), y el fiscal interpone recurso de apelación.
- b) Cuando el juez declara infundado el requerimiento de revocatoria del mandato de comparecencia por prisión preventiva y el fiscal decide impugnar la denegatoria.
- c) Cuando el imputado que se encuentra con prisión preventiva, solicita el cese de esta medida y el juez lo declara así, por lo que el fiscal impugna la decisión del juez.

En todos estos casos, cuando la sala penal resuelve previa vista de la causa, o previa audiencia de apelación de autos, no debe revocar la decisión del juez y ordenar la prisión preventiva. Porque, en ambos casos, debe de tenerse en cuenta que la decisión del juez de primera instancia fue dada en audiencia con la participación obligatoria del imputado y otorgando las garantías del caso y en las audiencias con imputado libre por lo menos está representado por su defensor. Y en los casos en los que la sala penal resuelve solo con vista de causa, donde no están obligadas a asistir las partes procesales, porque existe una deficiente, indebida o irrazonable motivación de la resolución del juez de primera instancia, lo que debe hacer es anular el auto y disponer que otro juez dicte una nueva resolución subsanando las deficiencias, previa audiencia citando al imputado y su defensor.

El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139 de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver⁴⁹, de no cumplir la resolución con estos presupuestos, debe ser declarada nula pudiendo hacerse incluso de

49 Expediente número 8125-2005-PHC/TC, 14/11/05, fundamento jurídico 11.

oficio, por haberse inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución, conforme lo establece el artículo 150.d del NCPP esta declaración conlleva la regresión del proceso al estado e instancia en que se ha cumplido el acto nulo (154.3).

9. La duración de la prisión preventiva y su relación con el plazo de la investigación preparatoria y la complejidad del proceso

Según el artículo 272 del NCPP, la duración de la prisión preventiva cuando el proceso no es complejo es de nueve meses y de 18 meses cuando es complejo. Asimismo, cuando el proceso no es complejo, la investigación tiene un plazo de duración ordinario de 120 días (cuatro meses), prorrogables por el fiscal 60 días más (dos meses), haciendo un total de seis meses. A continuación desarrollaré algunos aspectos relacionados con los procesos complejos.

Cuando el proceso es complejo, la investigación tiene un plazo de duración ordinaria de ocho meses, prorrogables por el juez a requerimiento del fiscal por un plazo de ocho meses más, pudiendo demorar las investigaciones complejas hasta 16 meses.

El proceso es complejo cuando se cumplen taxativamente, los presupuestos establecidos en el artículo 342.3, que son los siguientes: a) cuando se requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; e) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; f) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o, g) deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

El fiscal, como director de la investigación, (61.2, 322.1) si considera que la investigación que realiza cumple con alguno de los supuestos indicados anteriormente, debe disponerlo así en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, y esto determinará la duración de la prisión preventiva que será de 18 meses y también el plazo de la investigación preparatoria que será de ocho meses (34.2). Aunque, si la complejidad se verifica en el transcurso de la investigación preparatoria ya formalizada, debe disponerlo así, en el momento procesal en que verifica esta situación, dando a conocer a los sujetos procesales su disposición.

El fiscal para disponer que el proceso sea complejo debe de tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad, porque la norma no ha establecido parámetros para calificar la cantidad de actos de investigación o de delitos, imputados o agraviados. Por este motivo



y para evitar cualquier arbitrariedad, el justiciable podría recurrir en vía queja al superior jerárquico, o incluso al juez, para que se modifique la disposición del fiscal que ha decidido considerar una investigación como compleja, cuando considera que no es así. En todo caso al término de los ocho meses, el fiscal debe concluir la investigación, y si requiere su prórroga debe solicitarla al juez (342.2), quien podrá analizar si el proceso es complejo o no, de no ser así, seguramente no autorizará la prórroga y el fiscal está obligado a concluir la investigación.

La determinación de la complejidad del proceso no le corresponde al juez de investigación preparatoria, porque según el artículo 323.1, le corresponde realizar a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este código, entre los cuales no se encuentra la decisión para considerar si un proceso es complejo o no, por lo tanto el competente es el Fiscal que es el director de la investigación (322)⁵⁰.

10. Prolongación de la prisión preventiva

El artículo 272 dice que la prisión preventiva puede durar 9 meses en procesos considerados no complejos y 18 meses en procesos complejos y estos plazos pueden ser prolongados por un plazo no mayor de 18 meses, (274.1) lo que significa que un proceso no complejo tiene como plazo máximo de duración de 27 meses y el proceso complejo 36 meses⁵¹.

La prolongación no necesariamente tiene que realizarse hasta el plazo máximo, sino que debe ser el estrictamente necesario. Por otro lado, a diferencia del artículo 137 del CPP de 1991, ya no existe la figura jurídica de la dúplica, que ha significado por ejemplo que en los procesos de naturaleza compleja se duplique automáticamente la prisión preventiva de 18 meses a 36 meses, y a su vencimiento se prolongue por 36 meses

50 En Huaura, debido a que el fiscal no estableció en ningún momento que el caso era complejo el Juzgado Penal Colegiado al vencimiento de los nueve meses de prisión preventiva, sin que haya existido requerimiento de prolongación de la prisión preventiva, dio libertad en casos de suma gravedad. Ejemplos: 1. Carpeta judicial N° 469-07, Resolución número 2, del 4 de abril del año 2007, delito: homicidio calificado, 2. Carpeta Judicial N° 575-07, Resolución número 1, del 4 de mayo del 2007, delito contra la libertad sexual de menor. Espero, por lo tanto, que este artículo sirva para que los señores fiscales realicen el seguimiento constante a las prisiones preventivas otorgadas en mérito a sus requerimientos.

51 En forma distinta opina Gonzalo del Río Labarthe al interpretar los artículos 272 y 274 del NCPP. Señala que la prisión preventiva en cualquier caso podrá prolongarse hasta 27 meses. En: *Actualidad Jurídica*. Gaceta Jurídica, pág. 167.

más, haciendo un total de 72 meses. Es decir existía la posibilidad de encontrarse con prisión preventiva sin sentencia por seis años; plazo que el Tribunal Constitucional ha considerado como inconstitucional, cuando los hechos del proceso versen sobre materia que conlleve “un grave peligro para la soberanía nacional, la estabilidad del sistema democrático, la seguridad ciudadana y la sociedad general⁵²”.

El trámite y los presupuestos para prolongar la prisión preventiva son los siguientes:

- La prolongación se realiza previo requerimiento del fiscal antes del vencimiento de la duración de la prisión preventiva (274.1).
- Se tiene que realizar una audiencia para la que es competente el juez de la investigación preparatoria, aunque el proceso se encuentre en la etapa de juzgamiento (274.2).
- Los presupuestos para prolongar la prisión preventiva, son la existencia de circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación y la posibilidad de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia de encontrarse en libertad (274.1).

10.1. Supuestos en los que el fiscal debe requerir la prolongación de la prisión preventiva

a) En los procesos no complejos:

Los fiscales deben de tener en cuenta que cuando los procesos no son complejos, y han prorrogado el plazo de la investigación de cuatro a dos meses más, entonces al dar por concluida la investigación habrán transcurrido seis meses, restando solo tres meses para el vencimiento de los nueve meses de duración de la prisión preventiva, plazo sumamente corto para que se desarrolle la etapa intermedia y posteriormente el juzgamiento. Por lo que, cuando el fiscal prorrogue el plazo ordinario de la investigación, debe también solicitar la prolongación de la prisión preventiva, que lo debe hacer preferentemente hasta la etapa intermedia.

b) En los procesos complejos:

En los procesos complejos, cuando se ha producido la prórroga del plazo de la investigación ordinaria de ocho a ocho meses más, el fiscal deberá necesariamente solicitar la prolongación de la prisión pre-

52 Fundamento 18 de la sentencia emitido por el Tribunal Constitucional, Exp. N° 5175-2006-PHC/TC, caso: “Luis Alberto Cubas Portal”.



ventiva de 18 meses, según el caso hasta el plazo límite de 36 meses, porque al haber prorrogado el plazo de la investigación, se entiende que esta ha devenido en una especial dificultad o prolongación de la investigación. Si no se realiza el requerimiento para prolongar la prisión preventiva, al término de los 16 meses que dura el plazo de la investigación, será imposible que en los dos meses que faltan para el cumplir el plazo de 18 meses de duración de la prisión preventiva, se pueda realizar la etapa intermedia y el juzgamiento.

Entonces, los fiscales deben solicitar la prolongación de la prisión preventiva, en el momento que decidan la prórroga del plazo de la investigación, o cuando requieran al juez de la investigación preparatoria que autorice la prórroga del plazo de la investigación preparatoria.

En todo caso, si el proceso está en la etapa intermedia o en la de juzgamiento, los fiscales deben requerir la prolongación de la prisión preventiva, antes del vencimiento del plazo de la prisión preventiva y no deben de esperar el último día, previendo que su requerimiento debe ser tramitado y debe de citarse a audiencia conforme a ley. En todo caso, deben de calificar la complejidad de la investigación en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, de tal forma que desde sus orígenes puede preverse el plazo de la prisión preventiva.

IV. EL MANDATO DE COMPARECENCIA CON RESTRICCIONES

1. Oportunidad y procedimiento

El fiscal puede requerir al juez que dicte mandato de comparecencia con restricciones, conjuntamente o después de formalizar la investigación, y en la etapa intermedia, bajo el procedimiento que está previsto en los artículos 254.1, 203.2, 203.4 y 8, que corresponden a la etapa de investigación preparatoria y 349.4 a la etapa intermedia.

Por tratarse de una medida cautelar que restringe la libertad del imputado por la imposición de reglas de conducta, al igual que la prisión preventiva, debe realizarse una audiencia, siguiendo el trámite de los dispositivos procesales desarrollados para dictar la prisión preventiva de un imputado libre.

Para dictar este mandato, deben de tenerse en cuenta los artículos 287, 288 y 289 y la posibilidad de que se utilice alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan

las restricciones impuestas a la libertad personal, que no está siendo utilizada en Huaura por inexistencia de los mismos.

En Huaura, los jueces y la sala penal en su oportunidad, han dispuesto que cuando la obligación de los imputados de informar sus actividades y firmar en el libro respectivo cada cierto tiempo debe de ejecutarse en el local de la fiscalía requirente y no en el juzgado, porque al Ministerio Público le corresponde el control de las sanciones penales (488.2) y por lo tanto controlar el cumplimiento de las restricciones impuestas en el mandato de comparecencia con restricciones, para requerir si es el caso, su variación por prisión preventiva.

Debe modificarse el artículo 287.1 según el cual: "(...) Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 167 (...)", ya que el artículo 167, corresponde al testimonio de altos dignatarios, que no tiene ninguna relación con las restricciones, por lo que debe consignarse: "(...) Se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 (...)".

V. EL MANDATO DE COMPARECENCIA SIMPLE

En el antiguo sistema procesal, cuando el juez dictaba el auto de apertura de instrucción (77 del Código de Procedimientos Penales), tenía que imponer alguna medida de coerción procesal de carácter personal contra el imputado, que podía ser, detención preventiva (ahora prisión preventiva), comparecencia con restricciones o comparecencia simple, (135.143 y 144 del CPP 1991); sin embargo, en el nuevo modelo procesal penal, el fiscal cuando formaliza la investigación (336), no está obligado a requerir alguna medida de carácter personal o real, será su decisión y la estrategia que asuma, la que determine esa situación.

Si el fiscal no dispone, al formalizar la investigación, que se imponga alguna medida de coerción procesal personal contra el imputado, considero que implícitamente se encuentra sujeto a la medida de comparecencia simple, Puesto que no es necesario que se establezca expresamente que el imputado se encuentra sujeto a este mandato, toda vez que la consecuencia de infringir esta medida se da aun cuando no ha sido dictada, ya que el artículo 291.2 establece que la infracción de la comparecencia, en los casos que el imputado sea citado para su declaración o para otra diligencia, determinará la orden de ser conducido compulsivamente por la Policía.

La consecuencia antes descrita, se producirá sin necesidad de que exista el mandato de comparecencia simple, conforme a lo acotado en los artículos 66.1 (poder coercitivo del fiscal, cuando no concurre el omiso, que puede ser el imputado, testigo o perito) y 79.1.a, (reo contumaz y conduc-



ción compulsiva cuando el imputado no se presenta cuando es requerido a las actuaciones procesales) de modo que es irrelevante que el fiscal requiera o no que se dicte la comparecencia simple. En caso de que lo solicite, el juez puede dictar este mandato sin realizar audiencia, conforme lo previsto en el artículo 254.1 concordante con los numerales 2 y 4 del artículo 203, y el artículo 8 del NCPP.

VI. CUADROS ESTADÍSTICOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE DETENCIÓN PRELIMINAR Y PRISIÓN PREVENTIVA EN HUAURA

CUADRO N° 1

RESUMEN DE RESOLUCIONES JUDICIALES DICTADAS ANTE EL REQUERIMIENTO FISCAL DE PRISIÓN PREVENTIVA EN LA PROVINCIA DE HUAURA. JULIO 2006-MAYO 2007

TIPO DE DELITO	CANTIDAD	FUNDADO	INFUNDADO		
			COMP. SIMPLE	COMP. RESTRICTIVA	IMPROCEDENTE
ROBO AGRAVADO	12	10		02	
HURTO AGRAVADO	04	01	02	01	
ESTAFA	01	01			
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	02	01		01	
RECEPTACIÓN	01	01			
EXTORSIÓN	01	01			
LESIONES GRAVES	03			03	
VIOLACIÓN SEXUAL	19	13	01	04	01
HOMICIDIO	04	04			
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	05	05			
TOTAL	52	36	02	12	01

TOTAL DE MANDATOS DE PRISIÓN PREVENTIVA	36
COMPARECENCIA RESTRICTIVA	12
COMPARECENCIA SIMPLE	02
IMPROCEDENTE	02
TOTAL	52

En este cuadro se refleja que en la provincia de Huaura, donde existen dos juzgados de la investigación preparatoria, en el plazo de diez meses de vigencia del NCPP, los fiscales han efectuado 52 requerimientos de prisión preventiva, de los que el 70 por ciento han sido declarados fundados.

CUADRO N° 2

RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES A LOS REQUERIMIENTOS FISCALES DE DETENCIÓN PRELIMINAR EN LA PROVINCIA DE HUAURA JULIO 2006-MAYO 2007

TIPO DE DELITO	CANTIDAD	INFUNDADOS	IMPROCEDENTES	FUNDADOS
VIOLACIÓN SEXUAL	22	1		21
HOMICIDIO	2			2
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	2			2
PARRICIDIO	1			1
LESIONES GRAVES	3			3
ROBO AGRAVADO	11	1	3	7
ACTOS CONTRA EL PUDOR	1	1		
EXTORSIÓN Y TENENCIA ILEGAL DE ARMA	1			1
TOTAL	43	3	3	37

El presente cuadro refleja que el 90% de los requerimientos para dictar el mandato de detención preliminar judicial han sido declarados fundados.

CUADRO N° 3

RESOLUCIONES APELADAS DICTADAS ANTE EL REQUERIMIENTO FISCAL DE PRISIÓN PREVENTIVA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA JULIO 2006-MAYO 2007

SEDE JUDICIAL	TOTAL	PRISIÓN PREVENTIVA				APELACIÓN							
		FUNDADA	INFUNDADA		IMPROCEDENTE		REVOCA			NULO			
		COM. SIM	COM. RESTR	COM. SIM	COM. RESTR	CONFIRMA	COMP. SIMPLE	COMP. RESTR.	PRISIÓN PREV.	FUN.	INF.		
HUAURA	21	17	02	02			15		03	01			01
BARRANCA	15	09		05			10		02		01	01	
HUARAL	06	04		02			02		03			01	01
TOTAL	41	30	02	09			27		08	01	01	02	02

FUNDADAS	30
COM. SIMPLE	02
COM. RESTRICTIVA	09
TOTAL DE CONFIRMADAS	27
TOTAL DE REVOCADAS	15
TOTAL DE APELACIONES	41

En el presente cuadro se refleja que de las 41 resoluciones apeladas, treinta fueron impugnadas por los imputados porque fue declarado fundado el requerimiento fiscal de prisión preventiva, 11 fueron impugnados

por el fiscal porque fue declarado infundado el requerimiento de prisión preventiva y el juez impuso comparecencia simple (02) o restrictiva (09). Se aprecia que de los treinta mandatos de prisión preventiva, solo ocho fueron revocados por el superior tribunal sustituyéndolo por comparecencia con restricciones.

CUADRO N° 4

RESUMEN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES DE CESACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA DEL DISTRITO JUDICIAL DE HUAURA. JULIO 2006-MAYO 2007

TIPO DE DELITO	CANTIDAD	FUNDADO	INFUNDADO	IMPROCEDENTE
ROBO AGRAVADO	05	02	01	02
HURTO AGRAVADO	02	02		
VIOLACIÓN SEXUAL	03	02	01	
HOMICIDIO	01	01		
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	01		01	
TENENCIA ILEGAL DE ARMAS	01			01
TOTAL	13	07	03	03

FUNDADO	07
INFUNDADO	03
IMPROCEDENTE	03
TOTAL	13

El presente cuadro refleja que los requerimientos de cesación de prisión preventiva efectuados por los imputados en su mayoría fueron declarados fundados.

VII. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE CARQUÍN

En el informe elaborado por el Ministerio Público⁵³, al 1 de junio del año 2006, la población carcelaria de este establecimiento penitenciario era de 797 internos, y en diciembre del mismo año, es decir, a seis me-

53 Informe elaborado por el Ministerio Público del distrito judicial de Huaura, por el periodo julio 2006-enero 2007, pág. 24, en el cual se opina que en el modelo que propone el Código Procesal Penal es muy difícil privar de libertad a un imputado, por ello los ingresos al penal de Carquín han disminuido.

ses de aplicación del NCPP, en el distrito judicial de Huaura, la población carcelaria disminuyó en 38 internos, a 759 internos y al mes de enero del año 2007⁵⁴, habían 766 y al mes de marzo existen 739 internos. Y según la estadística del mes de enero del presente año, en este establecimiento penitenciario el número de internos sentenciados es superior al de procesados.

VIII. PROPUESTA PARA MODIFICAR LAS NORMAS DEL NCPP

- Cambiar el artículo 261.2: de “lugar y fecha de nacimiento” por: “características físicas, talla y contextura”, conforme está previsto en la Ley N° 28121, ya que esta norma ha sido derogada para Huaura.
- Debe modificarse el artículo 266.3 que establece que el detenido es puesto a disposición del juez de la investigación **preliminar**, consignándose el adjetivo investigación **preparatoria**, de la misma manera se debe proceder con el artículo 203.2.
- La detención policial y el arresto ciudadano, deben ubicarse en un capítulo denominado “de la aprehensión”, que debe ser distinto al de la detención preliminar judicial, como está contemplado en el Derecho comparado que he citado.
- El mandato de detención preliminar judicial debe llamarse mandato de detención judicial, conforme lo legisla el Derecho comparado, porque el adjetivo “preliminar” lo relaciona con la investigación preliminar que no permite que el mandato pueda ser requerido cuando ya existe formalización preparatoria para que el imputado pueda ser sometido en cualquier etapa del proceso al trámite de prisión preventiva en condición de detenido.
- La detención judicial puede reemplazar a la conducción compulsiva de un imputado, (79.2, 359.4, 364.1, 423.4), cuando es obligatoria su presencia en las audiencias o actuaciones procesales, y no concurre sin causa justa.
- Se debe legislar como requisito de validez de la audiencia de “prisión preventiva”, la presencia del imputado y su defensor, conforme lo ha establecido el Código Procesal chileno. También, debe autorizarse que se decrete la prisión preventiva cuando el imputado no concurre injustificadamente al juicio oral.

54 <http://www.inpe.gob.pe/archivos/upload/menu/Estfeb07.pdf>.



- Se debe disponer expresamente la emisión de requisitorias cuando excepcionalmente se dicte prisión preventiva sin audiencia o con ella pero sin la concurrencia del imputado.
- Por contravenir a los principios del nuevo modelo procesal penal, deben derogarse todas las normas que autorizan al juez de la investigación preparatoria a imponer o variar de oficio las medidas cautelares que perjudiquen al imputado de los artículos 256, 287.3, 255.2, 485.2.
- Debe modificarse el artículo 287.1, cambiando el número de artículo 167 porque corresponde al testimonio de altos dignatarios, que no tiene ninguna relación con las restricciones, por lo que debe decir "se impondrán las restricciones previstas en el artículo 288".
- Debe modificarse el artículo 287.3, en la parte final que indica que el trámite que seguirá el juez será el previsto en el artículo 288, por el artículo 279 que sí legisla la revocatoria de la comparecencia por prisión preventiva.
- Debe establecerse la obligatoriedad al requirente de concurrir a la audiencia de prisión preventiva, en cualquier supuesto.

TÍTULO VI EL IMPEDIMENTO DE SALIDA

Artículo 295. Solicitud del Fiscal

1. *Cuando durante la investigación de un delito sancionado con pena privativa de libertad mayor de tres años resulte indispensable para la indagación de la verdad, 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. Igual petición puede formular respecto del que es considerado testigo importante.*
2. *El requerimiento será fundamentado y precisará el nombre completo y demás datos necesarios de la persona afectada, e indicará la duración de la medida.*

Artículo 296. Resolución y audiencia

1. *La resolución judicial también contendrá los requisitos previstos en el artículo anterior. Rige lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 279.*
2. *La medida no puede durar más de cuatro meses. La prolongación de la medida sólo procede tratándose de imputados y hasta por un plazo igual, procederá en los supuestos y bajo trámite previsto en el artículo 274.^(*)*

() De conformidad con el Numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente inciso a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

3. *En el caso de testigos importantes, la medida se levantará luego de realizada la declaración o actuación procesal que la determinó. En todo caso, no puede durar más de treinta días.*
4. *El Juez resolverá de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 279. Para lo dispuesto en el recurso de apelación rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278.*

TÍTULO VII LA SUSPENSIÓN PREVENTIVA DE DERECHOS

Artículo 297. Requisitos

1. *El Juez, a pedido del Fiscal, podrá dictar las medidas de suspensión preventiva de derechos previstas en este Título cuando se trate de delitos sancionados con pena de inhabilitación, sea ésta principal*



o accesoria o cuando resulte necesario para evitar la reiteración delictiva.

2. 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.*

Artículo 298. Clases

1. Las medidas de suspensión preventiva de derechos que pueden imponerse son las siguientes:

- a) Suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, según el caso.*
- b) 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.*
- c) Prohibición temporal de ejercer actividades profesionales, comerciales o empresariales.*
- d) Suspensión temporal de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo o para portar armas de fuego.*
- e) 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. La resolución que imponga estas medidas precisará las suspensiones o prohibiciones a los derechos, actividades o funciones que correspondan.

Artículo 299. Duración

- 1. Las medidas no durarán más de la mitad del tiempo previsto para la pena de inhabilitación en el caso concreto. Los plazos se contarán desde el inicio de su ejecución. No se tomará en cuenta el tiempo transcurrido en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al procesado o a su defensa.**
- 2. Las medidas dictadas perderán eficacia cuando ha transcurrido el plazo sin haberse dictado sentencia de primera instancia. El Juez, cuando corresponda, previa audiencia, dictará la respectiva resolución haciendo cesar inmediatamente las medidas impuestas, adoptando los proveídos que fueren necesarios para su debida ejecución.**

Artículo 300. Sustitución o acumulación

El incumplimiento de las restricciones impuestas al imputado, autoriza al Juez a sustituir o acumular estas medidas con las demás previstas en el presente Título, incluso con las de prisión preventiva o detención domiciliaria, teniendo en cuenta la entidad, los motivos y las circunstancias de la transgresión.

Artículo 301. Concurrencia con la comparecencia restrictiva y trámite

Para la imposición de estas medidas, que pueden acumularse a las de comparecencia con restricciones y dictarse en ese mismo acto, así como para su sustitución, acumulación e impugnación rige lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 274.

**TÍTULO VIII
EL EMBARGO**

Artículo 302. Indagación sobre bienes embargables

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.

Artículo 303. Embargo

- 1. Identificado el bien o derecho embargable, el Fiscal o el actor civil, según el caso, solicitarán al Juez de la Investigación Preparatoria la adopción de la medida de embargo. A estos efectos motivará su solicitud con la correspondiente justificación de la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, especificará el bien o derecho afectado, precisará el monto del embargo e indicará obligatoriamente la forma de la medida. Las formas de embargo son las previstas, en lo pertinente, en el Código Procesal Civil.*
- 2. El actor civil debe ofrecer contracautela. Ésta no será exigible en los supuestos previstos en el artículo 614 del Código Procesal Civil.*
- 3. El Juez, sin trámite alguno, atendiendo al mérito del requerimiento y de los recaudos acompañados o que, de ser el caso, solicite al Fiscal, dictará auto de embargo en la forma solicitada o la que considere adecuada, siempre que no sea más gravosa que la requerida, pronunciándose, en su caso, por la contracautela ofrecida. Se*



adoptará la medida de embargo, siempre que en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con probabilidad autor o partícipe del delito objeto de imputación, y por las características del hecho o del imputado, exista riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.

4. *La prestación de la contracautela, cuando corresponde, será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento o ejecución del embargo acordado. Corresponde al Juez pronunciarse sobre la idoneidad y suficiencia del importe de la contracautela ofrecida.*
5. *Rige, para el actor civil, lo dispuesto en el artículo 613 del Código Procesal Civil.*
6. *Aun denegada la solicitud de medida cautelar de embargo, podrá reiterarse la misma si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.*
7. *Si se ha dictado sentencia condenatoria, aun cuando fuere impugnada, a solicitud de parte, procede el embargo, sin necesidad de contracautela ni que se justifique expresamente la probabilidad delictiva.*

Artículo 304. Ejecución e Impugnación del auto de embargo

1. *Cualquier pedido destinado a impedir o dilatar la concreción de la medida es inadmisibile.*
2. *Ejecutada la medida se notificará a las partes con el mandato de embargo.*
3. *Se puede apelar dentro del tercer día de notificado. El recurso procede sin efecto suspensivo.*

Artículo 305. Variación y Alzamiento de la medida de embargo

1. *En el propio cuaderno de embargo se tramitará la petición de variación de la medida de embargo, que puede incluir el alzamiento de la misma. A este efecto se alegará y en su caso se acreditarán hechos y circunstancias que pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión. La solicitud de variación y, en su caso, de alzamiento, se tramitará previo traslado a las partes. Rige, en lo pertinente, el artículo 617 del Código Procesal Civil.*
2. *Está permitida la sustitución del bien embargado y su levantamiento previo empoce en el Banco de la Nación a orden del Juzgado del monto por el cual se ordenó la medida. Efectuada la consignación la resolución de sustitución se expedirá sin trámite alguno, salvo que el Juez considere necesario oír a las partes.*



3. *La resolución que se emita en los supuestos previstos en los numerales anteriores es apelable sin efecto suspensivo.*

Artículo 306. Sentencia firme y embargo

1. *Firme una sentencia absolutoria, un auto de sobreseimiento o resolución equivalente, se alzarán de oficio o a petición de parte el embargo adoptado, y se procederá de ser el caso a la determinación de los daños y perjuicios que hubiera podido producir dicha medida si la solicitó el actor civil.*
2. *Firme que sea una sentencia condenatoria, se requerirá de inmediato al afectado el cumplimiento de las responsabilidades correspondientes, bajo apercibimiento de iniciar la ejecución forzosa respecto del bien afectado.*

Artículo 307. Autorización para vender el bien embargado

1. *Si el procesado o condenado decidiere vender el bien o derecho embargado, pedirá autorización al Juez.*
2. *La venta se realizará en subasta pública. Del precio pagado se deducirá el monto que corresponda el embargo, depositándose en el Banco de la Nación. La diferencia será entregada al procesado o a quien él indique.*

Artículo 308. Desafectación y Tercería

1. *La desafectación se tramitará ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Procede siempre que se acredite fehacientemente que el bien o derecho afectado pertenece a persona distinta del imputado o del tercero civil, incluso si la medida no se ha formalizado o trabado. Rige, en lo pertinente, el artículo 624 del Código Procesal Civil.*
2. *La tercería se interpondrá ante el Juez Civil, de conformidad con el Código Procesal Civil. Deberá citarse obligatoriamente al Fiscal Provincial en lo Civil, que intervendrá conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 113 de dicho Código.*

Artículo 309. Trámite de la apelación en segunda instancia

Las apelaciones respecto de las resoluciones contempladas en los artículos 304, 305.3 y 308.1 se tramitarán, en lo pertinente, conforme al artículo 278.



COMENTARIO:

**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*

**I. FUNCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA PERSECUCIÓN DE LA
REPARACIÓN CIVIL**

El proceso penal que se genera en relación a la imputación de un delito, tiene como objetivo principal la determinación de la comisión del hecho imputado, la responsabilidad de los imputados y en su caso la determinación de la pena que corresponda; pero además de esto, el artículo 92 del Código Penal establece que conjuntamente con la pena deberá determinarse la Reparación Civil.

No obstante que la reparación civil es una pretensión privada, la norma penal obliga al juzgador a determinar la reparación civil conjuntamente con la pena, aun la parte agraviada no haya hecho valer tal pretensión.

Conforme a la estructura actual del proceso penal, regulado aun por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y normas modificatorias, la función de persecución conjunta del delito y la reparación civil corresponde al Ministerio Público y será ejercida por el Ministerio Público aun en los casos que el agraviado intervenga en el proceso planteando la pretensión de reparación civil, generándose una labor conjunta de Ministerio Público y Parte Civil en este extremo.

En el nuevo Código Procesal Penal del 2004 sin embargo, vigente ya en casi todos los distritos judiciales y aun suspendida en su vigencia en Lima –salvo para los casos de corrupción– la intervención del Ministerio Público cesa para efectos de perseguir la reparación civil cuando hay constitución de Parte Civil o Actor Civil como la nueva norma procesal llama (Inc. 1 Artículo 11 del Código Procesal Penal 2004).

* Abogado especializado en Derecho Penal y Procesal Penal. Socio principal y director de VASQUEZ | TAFUR Abogados.



II. LEGITIMIDAD PARA PRETENDER EL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL

A efectos de pretender el pago de la Reparación Civil en el proceso penal, la persona natural o jurídica que considere tener este derecho deberá constituirse como Parte Civil o Actor Civil conforme a la nueva denominación que introduce el nuevo Código Procesal Penal del 2004.

Para pretender el pago de la Reparación Civil y en su caso hacer valer las medidas cautelares que garanticen el pago, como la anotación preventiva de la nulidad de transferencias, y otras, no basta tener la condición de agraviado o afectado por el delito, resultando necesario que tal condición sea formalmente reconocida en el proceso mediante la constitución de Parte Civil o Actor Civil.

El artículo 98 del nuevo Código Procesal Penal del 2004 no tiene en este aspecto una redacción feliz, lo que traerá ciertos problemas de interpretación en tanto no sea modificada, o en tanto la interpretación correcta de la norma no resulte exigible para todos los operadores del derecho¹. En efecto, el artículo 98 del nuevo texto procesal penal, para referirse a quienes tienen derecho a constituirse como actores civiles, hace referencia únicamente al perjudicado del delito, siendo este un concepto diferente a la de agraviado que el propio Código Procesal Penal del 2004 distingue en el Inc. 1 del artículo 94.

Según el inc. 1 del Artículo 94 del Código Procesal Penal del 2004, agraviado es aquel que directamente ha sido afectado por el delito, y como tales pueden comprenderse tanto al que en derecho penal se conoce como sujeto pasivo del delito, que es la persona natural o jurídica titular del bien jurídico protegido (el dueño del bien objeto de un delito de robo), como al sujeto pasivo de la acción criminal, que es aquella persona natural o jurídica sobre la que recae la acción punible (en el robo, la empresa dueña

1 En nuestro sistema procesal, la interpretación correcta que respecto de una norma jurídica se haga en una decisión judicial, no obliga a otros jueces para la aplicación de la misma norma a casos iguales, lo que muchas veces ha generado pronunciamientos judiciales en diferentes sentidos aplicados a un mismo supuesto de hecho. Solo cuando la interpretación de la norma ha adquirido generalidad resulta impuesta no por una obligación legal, sino por una cuestión de práctica generaliza. Para que una decisión judicial tenga en nuestro sistema carácter vinculante, deberá tratarse de una sentencia emitida por Sala Penal de la Corte Suprema que en forma expresa disponga este carácter vinculante de su decisión (Artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales introducido por el D. Leg. 959).



del vehículo robado es el sujeto pasivo del delito, en tanto que el chofer contra quien se actuó para apoderarse del bien es el sujeto pasivo de la acción delictiva, a quien se conoce también como víctima del delito) Estos son los únicos que pueden resultar directamente afectados por el delito.

En cambio, el perjudicado es aquel que indirectamente es afectado por las consecuencias del delito (en el ejemplo del robo planteado, el sujeto pasivo es la empresa como dueña del bien, el chofer la víctima, en tanto que la empresa de seguros será la perjudicada del delito)².

Cuando el artículo 98 del Código Procesal Penal del 2004 expresa que la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito, pareciera que se está refiriendo con ello solo a aquel que indirectamente es afectado por las consecuencias del hecho, como el asegurador en el ejemplo propuesto, lo que resultaría un absurdo porque significaría que se excluya a los sujetos pasivos y víctimas del delito que tradicionalmente y por naturaleza son los que tienen la titularidad para constituirse en Parte o Actor Civil.

La interpretación correcta de esta norma, será entonces comprender también como titulares de la acción reparatoria en el proceso penal y por ende con derechos para constituirse en Actor Civil, tanto a perjudicados, como a agraviados del delito, entre los que se consideran, en el caso de las personas jurídicas, a accionistas, socios, asociados o miembros (Inc. 3 del Artículo 94 del nuevo Código Procesal Penal 2004). Con derecho a constituirse en Actor Civil se entiende también están considerados las asociaciones en los delitos que afecten intereses colectivo o difusos (Inc. 4 del Artículo 94 del Código Procesal Penal 2004) los que hasta hoy solo podían ser considerados como meros denunciante sin ninguna mayor actuación en el proceso penal.

Es claro, para nosotros, que el legislador procesal penal del 2004 se equivocó al consignar en el artículo 98 el término perjudicado, cuando debió emplear el de agraviado que comprende ambos conceptos y al cual obviamente la nueva norma procesal penal no quiso excluir como aparece del Artículo 97 en el que al tratar sobre la designación de apoderado común, hace expresamente referencia a "agraviados" que se constituyan en actor civil y no ha "perjudicados".

2 Conforme a estos conceptos BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Ed. Ariel. Barcelona. 1ª. Edición 1984, pág. 201.



CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940 (vigente)	CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 (vigente a partir de 2006)
Función del Ministerio Público <ul style="list-style-type: none"> • Persecución del delito. • Persecución de la reparación civil. 	Función del Ministerio Público <ul style="list-style-type: none"> • Persecución del delito. • Persecución de la reparación civil.
Función del MP con respecto a la reparación civil cuando interviene la parte civil en el proceso <ul style="list-style-type: none"> • Actuación conjunta del MP y la parte civil en la persecución de la reparación civil. 	Función del MP con respecto a la reparación civil cuando interviene el actor civil en el proceso <ul style="list-style-type: none"> • Cesa la función de persecución de la reparación civil. • La actividad procesal de persecución de la reparación civil queda librada a la acción del actor civil.
Condición para que el agraviado pretenda el pago de reparación civil <ul style="list-style-type: none"> • Constitución en parte civil. 	Condición para que el agraviado pretenda el pago de reparación civil <ul style="list-style-type: none"> • Constitución en actor civil.
¿Quiénes pueden constituirse en parte civil? <ul style="list-style-type: none"> • El agraviado y sus parientes conforme a la regla fijada en el artículo 54 del Código de Procedimiento Penales. 	¿Quiénes pueden constituirse en actor civil? <ul style="list-style-type: none"> • El agraviado y sus parientes, en caso de muerte del primero, conforme al orden sucesorio que fija el artículo 816 del Código Civil. • El perjudicado. • Los accionistas, socios, asociados o miembros de personas jurídicas agraviadas en los casos de delitos cometidos por quienes las dirijan, administren o controlen. • Las asociaciones en los casos de delitos que afecten intereses colectivos o difusos.

III. PERJUICIO SOBRE EL MONTO INDEMNIZATORIO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

El gran problema de la reparación civil dentro del proceso penal, ha sido siempre para muchos el temor de una indemnización mínima que no guarda proporción con el daño y perjuicio sufrido, habiendo muchos llegado a sostener que la indemnización en un proceso penal es siempre baja, como si ello fuera una cuestión propia de la naturaleza del proceso penal, lo que ha llevado a cimentar más la falta de una cultura de la indemnización.

Los abogados litigantes poco entendieron sin embargo, que la reparación civil dentro del proceso penal se nutre en general de la reparación o indemnización que corresponde en la vía civil y que como tal tenía que probarse cuantitativamente tanto el daño como el perjuicio generado por el delito para pretender una indemnización efectivamente reparadora, limitándose muchas veces como representantes del actor civil a la sola preocupación de acreditar únicamente la existencia del delito y la responsabilidad del imputado, descuidando los aspectos propios de la indemnización que se pretende.

IV. MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO

1. Características

El embargo es el medio tradicional para asegurar el pago de la reparación civil y pese a tener igual naturaleza y propósito que la medida cautelar que se concibe para el proceso civil, tiene en la actual regulación procesal algunas limitaciones que han pretendido ser corregidas con ciertas modificatorias en tanto entre en vigencia el nuevo Código Procesal Penal del 2004 con el que se ha buscado una solución coherente a los problemas hasta hoy observados.

En la estructura del proceso actual regulado por el Código de Procedimientos Penales de 1940, puede observarse las siguientes características con relación a la nueva norma procesal:

a) Limitación en la forma de ejecución de las medidas cautelares reales (embargos)

No obstante, que el artículo 98 del Código de Procedimientos Penales establecía que la medida de embargo dictada con el objeto de asegurar el pago de la reparación civil podía también adoptar las formas de depósito (secuestro), intervención y retención, al igual que en el proceso civil; se establece, sin embargo, como regla principal en el Artículo 97 del Código de Procedimientos Penales que la medida de embargo que se dicte en el proceso debe inscribirse en los Registros Públicos o en la entidad que corresponda, con lo que queda establecido que la medida de embargo en el proceso penal en principio debe hacerse en forma de inscripción y solo por imposibilidad de ello puede optarse por las demás formas admitidas. El Código Procesal Penal de 1991 que concluyó su existencia solo con vigencia suspendida, no estableció la inscripción como forma preferente del embargo y remitió en lo aplicable a las normas del

Código Procesal Civil, con lo que se concibió que la medida de embargo podía adoptar cualesquiera de las formas reguladas en esta última. El nuevo Código Procesal Penal del 2004 en relación al Código de Procedimientos Penales de 1940 aun vigente, es más precisa en la forma que deben adoptar los embargos, señalando que las formas que puede adoptar, son las previstas en el Código Procesal Civil (Parte final del Inc. 1 del Artículo 303 del Código Procesal Penal del 2004).

b) Requerimiento previo al imputado para señalamiento de bienes libres

En el proceso penal tradicional peruano, la medida de embargo no podía ser ejecutada sin que previamente el inculcado haya sido citado para señalar bienes libres sobre los cuales se trabe la medida ordenada y habiendo señalado el procesado bienes libres, el embargo solo podía ejecutarse sobre los que fueron señalados en la medida que estos cubran el monto del embargo ordenado, lo que permitía en principio alertar al procesado sobre la medida a ejecutar, favoreciendo el ocultamiento de los bienes sobre los que pesa este peligro o en muchos casos, señalando bienes libres de escaso interés económico en protección de otros bienes embargables, lográndose desprotección de la víctima.

La Ley 27652 de enero 2002 modificó el artículo 95 del Código de Procedimientos Penales y pretendió con ello –aunque con una redacción no muy clara– solucionar este problema, posibilitando que la medida de embargo se trabe sobre los bienes que se conozcan son de propiedad del procesado y solo después de ejecutada la medida se requiera el señalamiento de bienes libres, con lo que se introdujo en el proceso penal el factor sorpresivo de la medida. La redacción de la norma es, sin embargo, confusa y este entendimiento no fluye claramente de la norma modificada que no ha tenido aun en general una aplicación conforme a su sentido.

El proceso civil al que más propiamente responde la medida de embargo para efectos de reparación civil y al que el nuevo ordenamiento procesal se remite, no establece privilegio alguno del emplazado en el señalamiento previo de bienes y elección de estos para la ejecución de la medida, criterio que ahora adopta el nuevo Código Procesal Penal del 2004, “de suerte que se tiende a evitar, a partir del factor sorpresa, la posible comisión de conductas frau-



dulentas o irregulares destinadas a producir la insolvencia patrimonial del imputado”³.

c) La contracautela

Es importante observar que conforme al nuevo procedimiento introducido por el Código Procesal Penal del 2004, la medida de embargo que se ordene dentro del proceso penal, requerirá de una contracautela por parte del actor civil; contracautela que no resulta prevista en el ordenamiento procesal regido por el Código de Procedimientos Penales de 1940 que aun se encuentra vigente.

Al igual que en el proceso civil, la contracautela queda exceptuada en los casos que el peticionario de la medida cautelar sea el Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, o el Ministerio Público y demás instituciones que se nombran en el Artículo 614 del Código Procesal Civil al que la norma procesal penal remite.

Al igual que en el proceso civil, en los demás casos la contracautela es exigible, quedando librada al Juzgador la admisión de la contracautela ofrecida en cuanto a su naturaleza y monto. Salvo en los casos de medidas cautelares solicitadas después de emitida sentencia, casos en los que aun siendo impugnada, no será exigible la contracautela.

2. Presupuestos para la medida cautelar de embargo

Otro de los aspectos que aparece claramente establecido en el nuevo Código Procesal Penal del 2004 es lo referente a los requisitos o presupuestos para dictar una medida de embargo, que en el proceso regulado por el Código de Procedimientos Penales vigente no aparece expresamente señalado y aunque en doctrina pueda admitirse su existencia, su omisión en el texto procesal significa muchas veces una fuente generadora de situaciones injustas en la práctica. El Inc. 3 del artículo 303 del nuevo Código Procesal Penal del 2004 establece ahora como presupuesto para dictar válidamente la medida de embargo, los siguientes:

a) Existencia de suficientes elementos de convicción que determinen la probabilidad de que el procesado es autor o partícipe del delito imputado

Siendo el embargo una limitación a las posibilidades de disposición del procesado respecto a bienes de su propiedad antes de una sen-

3 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. II. Ed. Gijley. Lima 1999, pág. 871.



tencia y el medio para asegurar una reparación civil, es razonable la exigencia de elementos que evidencien la participación del procesado en el hecho delictivo imputado que se pretende resarcir con la reparación civil.

Lo exigible será pues, como señala San Martín Castro⁴; “una razonable atribución a una persona determinada respecto de la comisión de una infracción penal”, lo que en buena cuenta supone, que no cualquier atribución de la comisión o participación en un hecho delictivo debe determinar la existencia de este presupuesto para los efectos del embargo, sino que deben presentarse en cada caso concreto elementos suficientes que determinen probabilidad sobre la participación del procesado como autor o partícipe del hecho imputado.

La redacción actual del nuevo Código Procesal Penal de 2004 plantea al respecto la siguiente descripción de este primer presupuesto: “siempre que en autos existan suficientes elementos de convicción para sostener razonablemente que el imputado es con **probabilidad** autor o partícipe del delito objeto de imputación”. Al establecer este primer presupuesto para la procedencia del embargo, la nueva norma procesal hace referencia a la categoría del conocimiento llamada “probabilidad” que supone un grado avanzado del conocimiento sobre un caso determinado y como tal, próximo a la verdad y que sea demostrable mediante razonamiento concatenado y sin contradicciones⁵.

La probabilidad que el nuevo código exige, supondrá en consecuencia, como condición del embargo, la existencia de una imputación suficientemente demostrada o demostrable, debiendo bajo la aplicación estricta de la nueva norma procesal, desterrarse las medidas de embargo sustentadas solo en meras imputaciones.

b) Peligro de insolvencia, ocultamiento o desaparición del bien.

El otro presupuesto exigido en forma conjunta por la nueva norma procesal penal, es la existencia de un riesgo de insolvencia del imputado que haga imposible el cobro de la reparación civil o el riesgo de ocultamiento o desaparición de los bienes que pueda garantizar el futuro pago de la reparación. La norma no requiere que se

4 Ob. cit., pág. 868

5 MIXAN MAX, Florencio. *Categorías y Actividad Probatoria en el Procedimiento Penal*. Editorial BLG, Trujillo, 1996, pág. 34.



pruebe que el procesado ocultará o hará desaparecer los bienes de su propiedad para evitar el pago de la reparación, bastando para la norma que el riesgo resulte determinado de las características del hecho o del imputado, existencia de presupuesto que en cada caso concreto obviamente debe fundamentarse.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE 1940 (vigente)	CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004 (vigente a partir de 2006)
Formas de embargo <ul style="list-style-type: none"> • Establece como regla principal la inscripción. • Puede adoptar otras formas de embargo reguladas por la norma procesal civil en caso de imposibilidad de inscripción. 	Formas de embargo <ul style="list-style-type: none"> • Puede adoptar cualquiera de las formas previstas en la norma procesal civil. • Determinación de la forma de embargo a criterio del fiscal o actor civil.
Determinación del bien embargable <ul style="list-style-type: none"> • Requerimiento previo al imputado para elección de bienes embargables. • Preferencia del bien señalado por el procesado. 	Determinación del bien embargable <ul style="list-style-type: none"> • Factor sorpresa. • Determinación del bien embargable por el fiscal o actor civil.
Condiciones para el embargo <ul style="list-style-type: none"> • No exige expresamente los presupuestos. • No existe contracautela. 	Condiciones para el embargo <ul style="list-style-type: none"> • Exigencia de presupuestos. • Probabilidad de participación delictiva del imputado. • Peligro de insolvencia, ocultamiento o desaparición del bien. • Exigencia de contracautela.

3. Variación de la medida cautelar

Las medidas cautelares de embargo que se dispongan en el proceso penal están sujetas al principio de variabilidad.

La posibilidad de variación importará la variación de la medida en cuanto a su forma e incluso monto de la misma y dentro del concepto de variación se comprende incluso los casos de sustitución de la medida de embargo.

En el actual procedimiento penal regulado aun por el Código de Procedimientos Penales de 1940, los aspectos de variabilidad de la medida cautelar de embargo en cuanto a variación de la forma y monto o sustitución, se manejan bajo los criterios que establece la norma



procesal civil en base al principio de aplicación supletoria de la norma procesal civil.

El Nuevo Código Procesal Penal del 2004 busca directamente regular estos aspectos, y ha comprendido dentro del concepto de variación el caso de “alzamiento” de la medida cautelar, pero una redacción no muy precisa de la norma traerá al inicio algunos problemas de interpretación.

El “alzamiento” de la medida cautelar que la nueva norma procesal regula, debe entenderse procedente cuando aparezcan circunstancias que determinen la inexistencia de los presupuestos que sirvieron para ordenarla. Sobre el particular el Artículo 305 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004 solo expresa: “A este efecto se alegará y en su caso se acreditarán hechos y circunstancias que pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión” con lo que parece referirse más al fundamento de una impugnación, antes que a los fundamentos de una variación que supone la existencia de circunstancias nuevas.



TÍTULO IX OTRAS MEDIDAS REALES

CONCORDANCIAS: Acuerdo Plenario N° 7-2011-CJ-116. 16 (Acuerdo Plenario en materia penal sobre Delito de Lavado de Activos y Medidas de Coerción Reales)

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.*

Artículo 311. Desalojo preventivo

1. *En los delitos de usurpación, el juez, a solicitud del fiscal o del agraviado, ordenará el desalojo preventivo del inmueble ocupado en el término de veinticuatro horas, ministrando 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. El desalojo se ejecuta dentro del término de setenta y dos horas de concedida.*
2. *La Policía Nacional, una vez que tenga conocimiento de la comisión del delito, lo pondrá en conocimiento del fiscal y llevará a cabo las investigaciones que el caso amerita. El fiscal, sin perjuicio de disponer las acciones que correspondan, realizará inmediatamente una inspección en el inmueble. El agraviado recibirá copia certificada de las actuaciones policiales y de la diligencia de inspección del fiscal.*
3. *La solicitud de desalojo y ministración provisional puede presentarse durante las diligencias preliminares o en cualquier estado de la investigación preparatoria. Se acompañarán los elementos de convicción que acrediten la comisión del delito y el derecho del ofendido.*
4. *El juez resolverá, sin trámite alguno, en el plazo de veinticuatro horas. Contra la resolución que se dicte procede recurso de apelación. La interposición del recurso suspende la ejecución de la resolución impugnada.*
5. *El juez elevará el cuaderno correspondiente dentro de veinticuatro horas de presentada la impugnación, bajo responsabilidad. La Sala se pronunciará en el plazo de tres días, previa audiencia con notificación de las partes. Si ampara la solicitud de desalojo y ministración*



provisional de posesión, dispondrá se ponga en conocimiento del juez para su inmediata ejecución.^(*)^(**)

() 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 312. Medidas anticipadas

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.

Artículo 313. Medidas preventivas contra las personas jurídicas

1. El Juez, a pedido de parte legitimada, puede ordenar respecto de las personas jurídicas:

- 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. Para imponer estas medidas se requiere:

- a) 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;*
 - b) 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;*
- 3. Estas medidas no durarán más de la mitad del tiempo previsto para las medidas temporales establecidas en el artículo 105 del Código Penal. En los delitos ecológicos la suspensión o la clausura durarán hasta que se subsanen las afectaciones al ambiente que determinaron la intervención judicial.*

Artículo 314. Pensión anticipada de alimentos

- 1. En los delitos de homicidio, lesiones graves, omisión de asistencia familiar prevista en el artículo 150 del Código Penal, violación de la libertad sexual, o delitos que se relacionan con la violencia familiar,*



el Juez a solicitud de la parte legitimada impondrá una pensión de alimentos para los directamente ofendidos que como consecuencia del hecho punible perpetrado en su agravio se encuentran imposibilitados de obtener el sustento para sus necesidades.

- 2. 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.*

Artículo 315. Variación y cesación. Trámite y recurso

- 1. Las medidas previstas en este Título podrán variarse, sustituirse o cesar cuando atendiendo a las circunstancias del caso y con arreglo al principio de proporcionalidad resulte indispensable hacerlo.*
- 2. La imposición, variación o cesación se acordarán previo traslado, por tres días, a las partes. Contra estas decisiones procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en los numerales 2) y 3) del artículo 278.*

**TÍTULO X
LA INCAUTACIÓN**

Artículo 316. Objeto de la incautación

- 1. 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.*
- 2. 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.*
- 3. En todo caso, para dictar la medida se tendrá en cuenta las previsiones y limitaciones establecidas en los artículos 102 y 103 del Código Penal.*

Artículo 317. Intervención Judicial

- 1. Si no existe peligro por la demora, las partes deberán requerir al Juez la expedición de la medida de incautación. Para estos efectos, así como para decidir en el supuesto previsto en el artículo anterior, debe existir peligro de que la libre disponibilidad de los bienes relacionados con el delito pueda agravar o prolongar sus consecuencias o facilitar la comisión de otros delitos.*
- 2. Rige el numeral 3 del artículo 316.*



Artículo 318. Bienes incautados

1. *Los bienes objeto de incautación deben ser registrados con exactitud y debidamente individualizados, estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones. De la ejecución de la medida se debe levantar un acta, que será firmada por los participantes en el acto.*

La Fiscalía de la Nación dictará las disposiciones reglamentarias necesarias para garantizar la corrección y eficacia de la diligencia, así como para determinar el lugar de custodia y las reglas de administración de los bienes incautados.

2. *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 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.

3. *El bien incautado, si no peligran los fines de aseguramiento que justificaron su adopción, si la ley lo permite, puede ser:*

- a) *Devuelto al afectado a cambio del depósito inmediato de su valor; o,*
- b) *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.*

4. *Si se alega sobre el bien incautado un derecho de propiedad de persona distinta del imputado o si otra persona tiene sobre el bien un derecho adquirido de buena fe cuya extinción podría ser ordenada en el caso de la incautación o del decomiso, se autorizará su participación en el proceso. En este caso el participante en la incautación será oído, personalmente o por escrito, y podrá oponerse a la incautación.*

Para el esclarecimiento de tales hechos, se puede ordenar la comparecencia personal del participante de la incautación. Si no comparece sin justificación suficiente, se aplicarán los mismos apremios que para



los testigos. En todo caso, se puede deliberar y resolver sin su presentación, previa audiencia con citación de las partes.^()*

() Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22-07-2007.*

Artículo 319. Variación y reexamen de la incautación

- a) Si varían los presupuestos que determinaron la imposición de la medida de incautación, ésta será levantada inmediatamente, a solicitud del Ministerio Público o del interesado.*
- b) 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.^(*)*
- c) Los autos que se pronuncian sobre la variación y el reexamen de la incautación se dictarán previa audiencia, a la que también asistirá el peticionario.*

*Contra ellos procede recurso de apelación. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 278 y en los numerales 2) y 3) del artículo 279.^(**)*

() Rectificado por fe de erratas, publicada el 02-08-2007.*

*(**) Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22-07-2007.*

Artículo 320. Pérdida de eficacia de la incautación

- 1. 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.*
- 2. 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.*





INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

SUMARIO:

- Breves anotaciones a la investigación preparatoria en el Nuevo Código Procesal Penal
- La posición del Ministerio Público en el Código Procesal Penal de 2004
- De la instrucción judicial actual a la investigación preparatoria del nuevo modelo
- El procedimiento de entrega vigilada. Orígenes y desarrollos.



LIBRO TERCERO
EL PROCESO COMÚN
SECCIÓN I
LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA
TÍTULO I
NORMAS GENERALES

Artículo 321. Finalidad

1. *La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.*
 2. *La Policía Nacional del Perú y sus órganos especializados en criminalística, la Dirección de Policía Contra la Corrupción, el Instituto de Medicina Legal y los demás organismos técnicos del Estado, están obligados a prestar apoyo al Fiscal. Las universidades, institutos superiores y entidades privadas, de ser el caso y sin perjuicio de la celebración de los convenios correspondientes, están facultados para proporcionar los informes y los estudios que requiere el Ministerio Público. La Contraloría General de la República, conforme a sus atribuciones y competencia, a solicitud del Titular del Ministerio Público, podrá prestar el apoyo correspondiente, en el marco de la normativa de control.^(*)*
- (*) *Inciso modificado por el artículo único de la Ley N° 28697, publicada el 22-03-2006.*
3. *El Fiscal, mediante una Disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, 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.*

COMENTARIO:

**BREVES ANOTACIONES A LA INVESTIGACIÓN
PREPARATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

JORGE ROSAS YATACO*

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo modelo procesal que incorpora el CPP 2004, se sustenta y se edifica sobre la base del sistema procesal penal acusatorio con rasgos adversativos, cuyas principales líneas rectoras son a saber:

- a) Separación de funciones de investigación y de juzgamiento (principio acusatorio).
- b) El Juez no procede de oficio.
- c) El proceso penal se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad.
- d) La garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento: esta garantía de la oralidad permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad.
- e) La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, siendo la excepción la privación de la libertad del imputado.

El proceso penal tipo que se regula en el Libro Tercero, es el proceso común, cuya primera etapa es la investigación preparatoria, precisándose que el objeto de esta es reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Y tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Asimismo, 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

* Fiscal Provincial Penal Titular de Piura. Profesor de la Academia de la Magistratura. Ha sido Fiscal Provincial Coordinador de Huaura-Huacho. Past Profesor de Derecho Penal en la Universidad San Pedro-Huacho. Profesor de la Universidad Los Ángeles de Chimbote-ULADECH-Piura. Egresado de Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de San Marcos, Director General de la Revista Electrónica «Análisis del Derecho» del Grupo CISE.



el caso y sin perjuicio de la celebración de los convenios correspondientes, están facultadas para proporcionar los informes y los estudios que requiera el Ministerio Público. Finalmente, el Fiscal, mediante una Disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, 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.

Por otro lado, tal como ya se mencionó, la dirección de la investigación preparatoria le corresponde al fiscal. A tal efecto, podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65. Para la práctica de los actos de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la ley. Asimismo, el fiscal podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos.

Ahora bien, con relación al rol que le compete al Juez de la investigación preparatoria se mencionan que le corresponde, en esta etapa, realizar, a requerimiento del fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este Código. Es un Juez de resolución o de fallo y además, de control de garantías.

Es necesario precisar que la investigación preparatoria como primera etapa del proceso común tiene dos fases: la investigación preliminar (diligencias preliminares) y la investigación preparatoria propiamente dicha o formalizada. El fiscal, si lo cree necesario, puede recurrir a las diligencias preliminares.

Ahora bien, la investigación preparatoria tiene importantes características como: objetividad-imparcialidad, es dinámica, es reservada secreta, es garantista, es flexible, es racional y la conduce y dirige el fiscal.

La objetividad –para nosotros imparcialidad–, implica que el fiscal penal como funcionario público cumple un rol cuyas funciones son definidas y señaladas en la ley, sin asumir una posición parcializada, la única posición que debe adoptar es cumplir con diseñar una buena estrategia de investigación para cumplir con los fines de la investigación, por lo que deberá ordenar la actuación de diligencias de cargo como de descargo y no creer que le compete asumir una defensa soterrada a la víctima.

La investigación debe ser **dinámica**, por tanto, el fiscal debe asumir también una actitud dinámica, recolectando los elementos de prueba que le permita en el futuro elaborar una teoría del caso, pero para ello tendrá que desprenderse de formalidades y ritualismos. Lo importante es llegar a cumplir con los fines de la investigación y aclarar la imputación hecha y para dicho cometido tendrá que imprimir en su actuación ese dinamismo en plantearse las hipótesis ante un caso conjuntamente con la Policía. El Fiscal ya no es más un funcionario de escritorio, encerrado en cuatro paredes y examinando fríamente un expediente, el fiscal tiene que salir a buscar sus elementos de convicción o evidencias que le van a permitir sustentar una posición.

La investigación es **reservada y secreta**, como más adelante desarrollaremos. Sin embargo, como adelanto, en la reserva víctima e imputado y sus abogados puedan acceder a los diligencias y actuaciones de la investigación, no sucediendo lo mismo con respecto a terceros; y el secreto, se refiere a que ambas partes involucradas no van a tener acceso a los mencionados actos procesales.

La investigación es **garantista** tanto para el imputado como para la víctima, para lo cual la norma procesal contiene una serie de garantías, derechos y mecanismos procesales que apuntan a ello.

La investigación debe ser **flexible**, si no se impregna de esta característica no se habría superado la mentalidad inquisitiva que todos criticamos. Al igual que la dinamicidad, se debe desterrar los formalismos que muchas veces ocasionan trabas.

La investigación debe tener una cuota de **racionalidad**, pues con la adopción del sistema de la oralidad y el destierro de la escrituralidad, estaremos afianzando la celeridad y la economía procesal. Menos costos y más prontitud en resolver los casos con justicia.

La investigación la conduce **y dirige el fiscal penal**, formando un binomio con la policía a fin de descubrir los hechos imputados, combatir el crimen y aportar su cuota en la seguridad ciudadana.

II. LA INVESTIGACIÓN

La palabra *investigar*, entendida en forma general como intentar descubrir algo, no es tema de desarrollo y de exclusividad para la investigación criminal; por el contrario forma parte del común de la gente en todas las actividades diarias, hasta en la más doméstica donde cada uno de nosotros de pronto nos convertimos en investigadores para averiguar alguna situación que desconocemos, para lo cual empleamos determinada información que vamos procesando e interpretando a través de la observación, la descripción



y analizando todo en su conjunto para llegar a una conclusión que se convierte en una suerte de hipótesis.

Pero en cuanto a la investigación criminal y otras investigaciones serias y que se someten a una calificación tiene que tener una metodología. La investigación científica del delito es el conjunto de procedimientos que se utilizan para explicar el fenómeno del delito y el delincuente, aplicando en ellos conocimientos científicos y técnicos. Puede abarcar el estudio de diversos aspectos como la etiología, incidencia, relación, efectos, tendencias, etc. Por otro lado, la Investigación policial es el proceso metodológico, continuo, organizado especializado y preciso de análisis y síntesis que el pesquisa policial desarrolla respecto a los diversos aspectos que expliquen la perpetración de un delito a fin de lograr su esclarecimiento. Para llegar a ello, la secuencia del método general de la investigación policial, tiene las fases siguientes:

1. Conocimiento del hecho.
2. Comprobación del hecho.
3. Diligencias investigatorias y preliminares en la escena del delito.
4. Planeamiento de la investigación policial.
5. Manejo de informantes y confidentes.
6. Vigilancia.
7. Detenciones y capturas.
8. Incursiones.
9. Registros.
10. Interrogatorios y entrevistas.
11. Sustentación de la prueba.
12. Informe de la investigación policial.

El cumplimiento metódico y ordenado de las fases que comprende el método de la investigación policial, permitirá a los policías alcanzar el éxito en la investigación (*Introducción a la investigación policial y manual de procedimientos operativos de investigación criminal*, Vol. I, Policía de Investigaciones del Perú, Lima 1988, p. 10 y ss.).

Hemos revisado la literatura policial y se ha partido de ella, sin embargo, desde un punto de vista jurídico, cuyos objetivos no se diferencian, el Fiscal para obtener la información de manera ordenada y clasificada para verificar la hipótesis primigenia tiene que tener en cuenta lo siguiente:

1. Descartar la existencia del hecho imputado.
2. Excluir la información impertinente para el caso.

3. Recolectar la información necesaria y enmarcar dentro del hecho imputado.
4. Elaborar la hipótesis y verificar si consolida o no la inicial.
5. Verificar si la hipótesis sugerida es válida.

Charles G. VANDERBOSCH (*Investigación de delitos*, México 1980, p. 8 y ss.) conceptúa a la investigación del crimen como un arte y una ciencia, cuyos secretos solo se pueden descubrir a base de la aplicación continua de las habilidades que se adquieren mediante la experiencia, al enfrentarse a las investigaciones, y mediante la observación y estudios amplios del criminal y su comportamiento, así como de su medio ambiente social y físico.

Ahora bien la investigación también ha sido definida desde un punto de vista jurídico por **BINDER** (*Iniciación al Proceso Penal Acusatorio, Alternativas*, Lima 2002, p. 45), argumentando al respecto que la fase preliminar o preparatoria del proceso penal es una fase de **investigación**, y entiende a la investigación como «una actividad eminentemente creativa, en la que se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata pues, de la actividad que encuentra o descubre 105 medios que servirán como prueba en el proceso».

La existencia de la investigación preliminar a cargo del fiscal solo es posible y factible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento: al separar definitivamente la función requirente de la persona del juez, encomendándosela al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requirente (**Raúl NUÑEZ OJEDA**, *La instrucción del Ministerio Público o fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 01, Lima 2000, p. 252.).

El profesor **Pablo SÁNCHEZ VELARDE** (*La etapa investigatoria en el nuevo Código Procesal Penal*”, Temas de Derecho Procesal Penal, RAO, Lima 1996, p. 32) señala que el Ministerio Público conduce, orienta la investigación del delito. Esta dirección va a significar una fórmula de estrategia de investigación desde una perspectiva técnico-jurídica. Va a significar también que el Fiscal ordene y oriente a la policía sobre los elementos de juicio investigatorios necesarios para sustentar válidamente la promoción de la acción penal; el fiscal le va a decir a la policía qué tipo de elementos probatorios se necesita que practique, se va a encargar de hacer los seguimientos, de practicar las



pericias. Se trata de una fórmula de dirección técnico jurídica pues el fiscal no va a actuar como policía ya que la policía obviamente se ha preparado estudiando criminalística.

Ahora bien, esta investigación previa o preliminar (diligencias preliminares), así como la investigación preparatoria propiamente dicha, está conducida, dirigida por el Fiscal. Refuerza en el tema el profesor **Mario RODRÍGUEZ HURTADO** (*“Medidas cautelares y contracautelares”*, Temas de Derecho Procesal Penal, RAO, lima 1996, pp. 40-41), cuando señala que el modelo acusatorio tratando de ser consecuente con la Constitución, organiza el proceso para una eficaz tutela jurisdiccional a las víctimas y los procesados, así como para un debido proceso que nos dé un sistema de administrar justicia civilizada, pero en asuntos penales la Constitución es más exigente todavía porque la tutela jurisdiccional y al debido proceso le agregan otras características esenciales. La principal de ellas consiste en el poder civil de investigación de los delitos; en la Constitución es clarísimo que los delitos deben ser investigados por un organismo civil, no por organismos castrenses ni semicastrenses. La Constitución dice que la conducción de la investigación del delito desde su inicio corresponde a la Fiscalía, al Ministerio Público y la Policía Nacional debe acatar los mandatos de esta organización civil en la investigación de los delitos; eso es algo tremendamente transformador, decir pues, que la investigación de los delitos debe correr a cargo del fiscal quien la orienta y la conduce y que la policía debe acatar sus mandatos, pretende corregir lo que sucede ahora con una investigación imperfecta, carente de técnicas criminalísticas y absolutamente ineficaz.

III. FORMAS DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

1. La denuncia

Es el acto procesal consistente en una declaración de conocimiento (verbal o escrita) emitida por una persona determinada, en virtud de la cual proporciona al titular del órgano competente la noticia de la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito.

Conforme lo señala **Fernando L. IBAÑEZ LOPEZ-POZAS** (*Especialidades procesales en el enjuiciamiento de delitos privados y semiprivados*. Dykinson 1993, p. 114), de la citada definición, se puede desprender las siguientes notas esenciales de la denuncia:

- a) es un acto procesal que puede realizar cualquier persona que presencie, o que por razón de sus cargos conozca, o que por cualquier



- otro medio diferente de los mencionados tenga constancia de la perpetración de algún comportamiento con apariencia delictiva;
- b) es un acto procesal de conocimiento, una declaración de conocimiento, obligatoria cuya omisión es sancionable por la ley;
 - c) la notificación se realiza ante la autoridad policial, Ministerio Público o en algunos casos pa de la autoridad judicial y provoca la iniciación del proceso penal, según sea el caso;
 - d) el denunciante no está obligado a probar los hechos denunciados ni a ser parte en el proceso quedando sujeto exclusivamente a aquella responsabilidad penal que se produjera ante una acusación o denuncia, si fuera falsa;
 - e) la noticia se refiere a un hecho que revista los caracteres de delito o hecho presuntamente delictivo. Creemos que será la autoridad correspondiente quien va a calificar si se trata de la comisión de un delito o no.

El denunciante puede quedar al margen del proceso penal, no teniendo carga alguna, no contrae otra responsabilidad que la de responder por el posible delito que puede cometer a consecuencia de esta denuncia.

Generalmente, quien denuncia es la propia víctima o un representante de ella, otra veces es una persona ajena a los hechos, como por ejemplo, un vecino que comunica a la policía, que luego de la misma se desentiende, dejando en manos de la policía se investigue.

BINDER (*Introducción al Derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires 2000, p. 233) señala que la denuncia es el acto mediante el cual alguna persona que ha tenido noticia del hecho conflictivo inicial, lo pone en conocimiento de alguno de los órganos estatales encargados de la persecución penal (policía, fiscales, jueces).

La denuncia puede interponerse directamente ante la policía, no importando su especialidad, ya que luego sus integrantes la remitirán donde corresponda. Esta denuncia puede ser verbal, de la cual dejarán constancia en el Libro de Ocurrencias y Denuncias para luego proceder a su investigación. Sucede también que la persona interesada lo hace en forma escrita ante una dependencia policial especializada, como la División de Estafas, por ejemplo, el resultado de esta investigación se pondrá en conocimiento del Ministerio Público como titular del ejercicio de la acción penal, tratándose lógicamente, del ejercicio público. Sucede también, y es frecuente, que la policía se entere de la *notitia criminis*, a través del hilo telefónico, o a través de las rondas policiales en que sor-

prenden in fraganti al agente. Asimismo, los efectivos policiales que se encuentran en los hospitales y demás nosocomios en que advierten la existencia de la comisión de un delito como lesiones, homicidio, aborto, por ejemplo. Todo se comunicará al Ministerio Público para su evaluación e investigación, de ser el caso.

En el Ministerio Público se puede iniciar una Investigación preliminar de oficio cuando a través de los medios de comunicación se propaga la existencia de un delito de carácter público. Esto lo investigará el Fiscal de Turno. Pero lo común y normal es que al Ministerio público a través de su mesa de partes, ingresen denuncias así como atestados o partes policiales que se conocieron en la dependencia policial, los mismos que después de los análisis respectivos se conducirán de acuerdo con la ley. La Fiscalía de la Nación en suceso relevante y, acorde con los avances de la informática, mediante Resolución N° 1120-2001-MP-FN, publicado el miércoles 7 de noviembre de 2001, ha aprobado el Sistema de Denuncias por Web a través de la página de Denuncias del Ministerio Público. Esto no obstante, se realiza cumpliendo con ciertos requisitos que se exigen al denunciante con la finalidad de evitar denuncias maliciosas. Desde ya constituye una facilidad para el público a fin de que el Fiscal de Turno tome conocimiento de la existencia de la comisión de un delito y adopte las medidas que el caso invita.

2. Facultad de denunciar (artículo 326.1)

Tal como se ha mencionado, cualquier persona está facultada para denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público, caso contrario, solo le corresponde denunciar al titular del derecho afectado.

3. Obligación de denunciar (artículo 326.2)

Si bien, en algunos casos, se faculta a unas personas interponer la denuncia ante la autoridad pertinente, sin embargo existen personas que se encuentran obligados a denunciar:

- a) Los que están obligados a hacerlo porque así lo manda la ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.
- b) Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible.



4. No obligados a denunciar (artículo 327. 1 y 2)

Así como la ley obliga a ciertas personas a denunciar, también, en algunos casos el ciudadano no está obligado a formular denuncia contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.

5. Contenido de la denuncia (artículo 328.1)

La denuncia debe contener básicamente, la identidad del denunciante (nombres y apellidos, y otros datos personales como documento de identidad personal, si fuere el caso), una narración detallada y veraz de los hechos (por ejemplo, si es delito de hurto, la fecha, la hora, el lugar y la forma como se habría realizado), y –de ser posible– la individualización del presunto responsable (no es necesario, pero ayudaría a la investigación proporcionar datos personales o físicos del denunciado). Si bien es cierto, le corresponde al Fiscal investigar para individualizar al presunto autor, sin embargo, el afectado puede coadyuvar en dicho efecto.

Es importante que la denuncia contenga los datos necesarios para que el Fiscal y el pesquisa se orienten a plantear las hipótesis que el caso amerita.

6. Forma de la denuncia (artículo 328. 2 y 3)

La denuncia podrá formularse por cualquier medio, sea escrito o sea verbal:

- Si es escrita, el denunciante firmará y colocará su impresión digital.
- Si es verbal se sentará el acta respectiva. Esto por lo general ocurre en un turno penal.

En ambos casos, si el denunciante no puede firmar se limitará a colocar su impresión digital, dejándose constancia en el acta del impedimento. Lo importante es que no se restrinja la posibilidad de denunciar por formalismos.

IV. TOMA DE CONOCIMIENTO DE LA NOTICIA CRIMINAL

1. Actuación del fiscal al conocer noticia criminal (artículo 60.1)

La Constitución política peruana ha señalado que 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. De modo que estas son algunas de las formas por los que se conoce el evento criminal.

2. Formas de iniciar la investigación (artículo 329. 1 y 2)

- a) El fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Estos actos de investigación consisten en la indagación de los hechos a través de la actuación de determinadas diligencias. También el fiscal promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.
- b) La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública, avocándose inmediatamente en su investigación.

3. ¿Qué dispone el fiscal? (artículo 65.2)

El fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará –si correspondiere– las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la policía nacional, pero siempre bajo su conducción y control.

V. DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. Objeto de las diligencias preliminares (artículo 330.1)

El fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención o colaboración de la policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.

2. Finalidad de las diligencias preliminares (artículo 330.2)

Las diligencias preliminares o la investigación preliminar tienen por finalidad inmediata 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, asegurarías debidamente. La determinación o no de realizar diligencias preliminares queda al libre albedrío del fiscal, solo él va a decidir si de acuerdo a los hechos corresponde ordenar esta primera fase.



3. Escena del hecho (artículo 330.3)

El Fiscal, al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá (no, deberá) constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y que se altere la escena del delito.

La «escena del delito» (también escena del crimen) es el sitio, lugar o escenario donde se ha desarrollado, producido o cometido un hecho que constituye delito, lugar que puede ser abierto o cerrado y que amerita una investigación.

A partir del siglo XXI, es viable hablar de la magnitud y aporte procesal que encierra el «lugar de los hechos», entendido como el sitio donde se debe comprobar la comisión de conductas punibles, producto de un presunto homicidio, suicidio, explosión, hurto, violación o de cualquiera de los delitos tipificados por el Código Penal. Luego que la autoridad judicial (Ministerio Público), en compañía de los investigadores (pesquisa policial), criminalistas y peritos han establecido, por medio del análisis técnico-científico y de las diferentes diligencias judiciales, que en la actuación intervinieron manos criminales y se tipificó la conducta penal, se estará ante una «escena del crimen o delito» (**Pedro LÓPEZ CALVO y Pedro GOMEZ SILVA**, *investigación Criminal y Criminalística*, Edit. Temis S.S., Bogotá Colombia 2000, p. 11).

Su importancia radica en que guarda los indicios y evidencias que van a permitir el esclarecimiento de la verdad. El éxito o el fracaso de una investigación depende del tratamiento ordenado y cuidadoso de ese escenario, en el que la ubicación exacta de cada objeto que en él se encuentra constituye una evidencia, a veces, fundamental. Por tal razón debe realizarse siguiendo determinadas pautas, para mantener la cadena de la evidencia («*Manual de Criminalística*». OPCIÓN, Lima 1996, p. 15).

Debemos indicar que en esta investigación no es una tarea exclusiva del Ministerio Público y de la policía, sino que también se involucra a las instituciones (privadas y estatales), que de una u otra manera ayuden o aporten en la realización de determinadas pruebas o pericias. Estas son las universidades, hospitales, colegios profesionales, por medio de sus laboratorios o gabinetes, lo que propicia desde ya la denominada «*investigación científica*».



4. Cadena de Custodia

Sin duda este tema es básicamente un que corresponde a la Criminalística, no obstante ello el Fiscal debe conocer el manejo de este procedimiento que incorpora y obliga este nuevo modelo procesal en manos de la policía y de la fiscalía.

La cadena de custodia es uno de los pasos de la investigación muy importante y que se traduce en la recolección, manejo, preservación y almacenamiento de los elementos materiales de prueba que luego se haberse sometido a un examen especial van a constituir medios pruebas, para finalmente ser sometido al contradictorio y sean considerada como prueba.

El Reglamento que ha implementado el Ministerio Público ha señalado que la Cadena de Custodia se inicia con el aseguramiento, inmovilización o recojo de los elementos materiales y evidencias en el lugar de los hechos, durante las primeras diligencias o incorporados en el curso de la Investigación preparatoria; y, concluye con la disposición o resolución que establezca su destino final. Asimismo se ha considerado elaborar un formato de cadena de custodia, donde los elementos materiales, evidencias y bienes incautados se registraran en este mediante una descripción minuciosa y detallada de los caracteres, medidas, peso, tamaño, color, especie, estado, entre otros datos del medio en el que se hallaron los elementos materiales y evidencias, de las técnicas utilizadas en el recojo y pericias que se dispongan, en la cual no se admiten enmendaduras. En caso que amerite una corrección, esta se efectuará entre paréntesis, explicando los motivos que la generaron. Los bienes materiales y las evidencias recolectadas o incorporadas, deberán ser debidamente rotuladas y etiquetadas para su correcta identificación y seguridad e inalterabilidad.

Esta reglamentación es, en mérito, al artículo 220.5 del CPP 2004, donde señala que 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.

Al respecto es necesario precisar algunos conceptos como evidencias, indicios, elementos de prueba y elementos de convicción.

En el artículo 65.1 del CPP 2004 se dice que el Ministerio Público en la investigación del delito, deberá obtener los elementos de convicción necesarios. Más adelante, en el artículo 67.1, señala que la policía en



su función de investigación, entre otras actividades investigativas, debe reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley penal. Luego en el numeral 2, señala la de vigilar y proteger el lugar de los hechos a fin de que no sean borrados los vestigios y huellas del delito, así como de recoger y conservar los objetos e instrumentos relacionados con el delito, así como todo elemento material que pueda servir a la investigación. De modo que nuestro Código utiliza indistintamente estas palabras. Debemos señalar que elemento de prueba es todo dato que se incorpora a la investigación por el cual el fiscal va formando convicción de modo que elemento de prueba y elemento de convicción tienen la misma conceptualización; no ocurre lo mismo con indicio y evidencia.

El Manual de Criminalística preparado por la Dirección de Criminalística de la policía Nacional del Perú (Lima 2006, p. 16 y ss.) conceptúa el «indicio» como toda señal, vestigio, huella, marca u otro análogo que es hallado en la escena del crimen y que necesariamente requiere de un análisis o estudio por parte de los peritos o pesquisas que intervienen en un hecho delictuoso o presumiblemente delictuoso y que requiere de una respuesta. Y «evidencia» es la respuesta de los estudios y/o análisis realizados a los indicios, es real, fáctico, se da en la naturaleza y por lo tanto no se puede dudar de su origen o resultado. Es observable, determinable y perceptible por los sentidos.

Delimitado estos conceptos de lo que se trata es que todo lo que se recoja del lugar de los hechos sea en forma debida con las técnicas de la criminalística, y embalado, rotulado, trasladado y enviado al lugar correspondiente y su custodia. Como ya se dijo, en estos pasos que se dan —de ahí cada eslabón que se une forma una cadena—, tiene que cumplirse una serie de datos y requisitos que son necesarios con la finalidad de que lo que se recoge efectivamente es el mismo que se va a presentar en el juicio, esto es mantener la originalidad del elemento de prueba. Con una adecuada y correcta aplicación de este procedimiento se garantiza la autenticidad, preservación e integridad del elemento material de prueba, y que no quepa duda alguna si se han seguido los pasos adecuados garantizando una correcta recolección, descripción, cuantificación, individualización de lo recogido, de modo que no se cuestione que hay alteración, contaminación, confusión o sustracción.

Es importante que, si bien le asiste al policía y al fiscal conocer este procedimiento de la cadena de custodia, sin embargo, ello no exime a los demás operadores de justicia para evitar cometer algunos exabruptos



en nuestras decisiones y en procura de una correcta aplicación de la administración de justicia.

5. Comunicación al Ministerio Público de la noticia criminal (artículo 331.1)

Señala expresamente el texto procesal que tan pronto la policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir. El artículo 331.1 tiene por finalidad que el fiscal asuma la dirección de la investigación tal como así lo prescribe el texto constitucional.

6. Investigaciones policiales (artículo 331.2)

Aún después de comunicada la noticia del delito, la policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas con arreglo al artículo 68. Ello responde a la misión, también constitucional de investigación de la Policía Nacional.

7. Citaciones (artículo 331.3)

Para lograr el objetivo que persigue la investigación, la policía llevará a cabo algunas diligencias que se consideran necesarias, pero con la presencia de las personas involucradas o terceros que pueden coadyuvar. Para ello, se puede citar a las mencionadas personas hasta por tres veces y cumpliendo con la debida comunicación anteladamente, a fin de no afectar sus derechos.

Las citaciones son actos procesales que se realizan a las víctimas, testigos, peritos u otro con la finalidad de llevar a cabo alguna diligencia para recibir su declaración o efectuar un reconocimiento u otra diligencia, ello tiene que ser dentro del marco del respeto al derecho a la defensa.

8. Informe policial (artículo 332.1)

La policía en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un informe policial. Ya no se confeccionará un atestado o parte policial. El informe policial es un documento que elaborará la policía en el marco de sus funciones investigatorias.



9. Contenido del informe policial (artículo 332. 2 y 3)

- a) El informe policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades. Cuando se hace mención al análisis no significa calificar o sacar alguna conclusión sobre responsabilidad alguna, se refiere a las diligencias realizadas.

Es interesante esta última aseveración, esto es, que la policía no podrá efectuar una calificación jurídica de los hechos investigados, como hasta la actualidad lo vienen haciendo, menos podrá pronunciarse concluyendo por la responsabilidad del denunciado(s). Esta pauta tiene lógica ya que el policía está preparado para investigar un delito con su apoyo logística y sus conocimientos de criminalística, pero no para calificar si una conducta se encuadra en un tipo penal o no, o señalar si algunos de los investigados son presuntos responsables o no se ha determinado su participación. Ello no implica que desconozcan nociones básicas para distinguir algunos conceptos del tipo penal.

- b) El informe policial adjuntará 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 imputados. Pues como consecuencia lógica de las actividades desarrolladas en la investigación se tiene que acompañar al informe policial la documentación que la sustenta.

10. Plazo de las diligencias preliminares (artículo 334.2)

El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de veinte días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación.

Tal como ya se venía considerando desde la aplicación del nuevo modelo procesal penal en Huaura, el plazo de los veinte días naturales de la fase de diligencias preliminares no forma parte del plazo que se señala para la segunda fase denominada de la investigación preparatoria formalizada. Esto por muchas razones. Una de ellas es que la finalidad que cada una de las fases persigue es distinta; en la primera es para concluir si se formaliza o no, y la segunda es para determinar si se acusa. Otra es



cuando el fiscal se excede del plazo en las diligencias preliminares (o investigación preliminar o previa) sometiéndose a un tipo de control que señala el artículo 334, inciso 2, mientras que para la investigación preparatoria formalizada, el control del plazo lo establece el artículo 343. El plazo de esta segunda fase es de ciento veinte días naturales (artículo 342, numeral 1), mientras que en las diligencias preliminares es de veinte días o los días que el fiscal del caso considere razonable y proporcional. Felizmente, este tema ha sido zanjado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (Casación N° 02-2008, La Libertad, 03 de junio del 2008), estableciendo que los plazos para las diligencias preliminares, de veinte días naturales y el que se concede al Fiscal para fijar uno distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación son diferentes y no se hallan comprendidos, en los ciento veinte días naturales más la prórroga a la que alude la norma pertinente, que corresponden a la investigación preparatoria propiamente dicha.

Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable y desproporcional con el objeto de la investigación, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante. Su decisión puede ser aceptando el plazo que ha fijado el fiscal, como también puede considerar que ponga término a la investigación y resuelva de acuerdo a sus atribuciones.

VI. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

A) Calificación del fiscal (artículo 334)

1. Archivo de la denuncia (artículo 334.1)

Cuando el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notificará al denunciante y al denunciado. De lo que se

trata es que el denunciante tenga conocimiento de la disposición y pueda impugnar la decisión, así como el denunciado se entere que su situación jurídica ha sido resuelta y pueda en su momento, también defenderse.

2. Falta de identificación del involucrado (artículo 334.3)

Cuando el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para tal fin. Es necesario acotar que no se habla ni se trata de un «archivo provisional de la investigación» como se conocía, tampoco se ha señalado un plazo para lograr identificar al autor (s), no obstante ello entendemos que tiene que sujetarse al plazo de las diligencias preliminares, de lo contrario sería mantener un Caso con plazo indeterminado o a perpetuidad, lo que sería contrario a la lógica del nuevo modelo.

3. Reserva provisional de la investigación (artículo 334.4)

Cuando aparezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la Investigación, notificando al denunciante. Un ejemplo es el delito contenido en el artículo 215 del Código Penal, que exige que el agraviado comunique notarial mente al denunciado, si el denunciante no cumple con la notificación se reservará provisionalmente la investigación hasta que se cumpla con dicho requisito. Es necesario señalar que no se trata de lo que tradicionalmente se hablaba de un «archivo provisional de la investigación»; suponemos que el cumplimiento de dicho trámite debe ser dentro de lo establecido por este Código. Es el agraviado quien tiene que efectuar este trámite y que debe hacerlo conocer el fiscal, lo que no puede hacer el fiscal es subrogarlo.

4. Queja de Derecho (artículo 334.5)

El denunciante que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior. La interpretación efectuada al respecto es que al justiciable se le otorgue cinco días –no tres días– a fin de que pueda impugnar, si lo cree necesario, teniendo tiempo suficiente para diseñar su estrategia de defensa y plantearla sin ninguna prisa.



5. Pronunciamiento del Fiscal Superior (artículo 334.6)

El Fiscal Superior se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda.

Como se observa se han establecido plazos en este trámite, con la finalidad de inyectar celeridad en la resolución de dichas denuncias. Si el Superior concuerda con lo dispuesto por el Fiscal Provincial ordenará se archiven definitivamente los actuados, caso contrario ordenará se formalice la investigación preparatoria. Cuando se señala que el Fiscal Superior, entre otras, proceda según corresponda, podría interpretarse que tratándose de una norma *ad pertus*, pueda declarar nula la disposición y ordene la realización de determinadas diligencias. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que la investigación preliminar solo tiene un plazo de veinte días naturales, o los que el fiscal fije un plazo distinto, pero no establece la posibilidad de poder ampliarse dicho plazo como sí lo hace en la investigación preparatoria formalizada o propiamente dicha.

B. Objeto y finalidad de la investigación preparatoria (artículo 321)

1. Objeto de la investigación preparatoria (artículo 321.1)

Es interesante destacar que el nuevo C.P.P. señala expresamente que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Si bien el Ministerio Público tiene la carga probatoria (*onus probandi*), sin embargo, no tiene el monopolio de esta, por el contrario las demás partes involucradas pueden coadyuvar en esta tarea, primando luego el principio de la comunidad de la prueba.

2. Finalidad de la investigación preparatoria (artículo 321.1)

Además, tiene por finalidad determinar si la conducta imputada es delictuosa o no, y las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.

3. Apoyo al fiscal (artículo 321.2)

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 facultadas para proporcionar los informes y los estudios que requiera el Ministerio Público.

Debe resaltarse el importantísimo apoyo que la criminalística ofrece al derecho procesal penal, por lo que señalamos que esta ciencia auxiliar del derecho (penal, civil, laboral, administrativo, etc.), utiliza o emplea los recursos técnico-científicos en la búsqueda y análisis de los elementos materiales de prueba, a fin de establecer si hubo un delito, otorgando a los investigadores y al criminalista bases científicas sobre el análisis del lugar de los hechos y determinar las posibles causas o móviles de lo sucedido.

4. Investigación científica (artículo 321.3)

El Fiscal, mediante una disposición, y con arreglo a las directivas emanadas de la Fiscalía de la Nación, 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.

La criminalidad organizada ha adquirido en nuestro tiempo una alarmante dimensión, tanto por su importancia, como por el «*modus operandi*» con que actúa, lo que exige también al órgano persecutor adoptar las medidas necesarias para una eficaz lucha contra dicho flagelo, pero siempre enmarcado en el respeto de los derechos y garantías que establece la ley.

Frente a este nuevo reto, en un mundo globalizado, los sucesivos gobiernos han implementado instrumentos de todo orden en manos de quienes tienen la misión de perseguir y reprimir las conductas delictivas, si bien existen todavía algunos de los que puede dotarse legítimamente un Estado en su lucha contra esas formas de criminalidad que no han tenido acogida en nuestro sistema jurídico nacional.

Asimismo, la persecución penal de los fenómenos relacionados con la delincuencia organizada y su vinculación con los delitos de tráfico ilegal de drogas, terrorismo, tráfico de armas, lavado de activos, contra la humanidad, entre otros, es motivo de preocupación para todas las naciones, pues en los últimos años esta materia ha sido de urgente atención y absoluta prioridad, como viene a demostrarse con la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales.



les, en donde se insta a las partes firmantes, a adoptar las medidas necesarias, incluidas las de orden legislativo y administrativo, que, de conformidad con las disposiciones fundamentales de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, sean necesarias para hacer frente con la mayor eficacia a los diversos aspectos de estos delitos. Ello es así, por cuanto es necesario que se incorporen mecanismos suficientes para hacer frente a esta lacra social, de manera que no haya insuficiencia de las técnicas de investigación tradicionales en la lucha contra este tipo de criminalidad organizada, que generalmente actúa en ámbitos transnacionales y con abundancia de medios conducentes a la perpetración de los delitos. Se trata de introducir en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los efectivos policiales que, en coordinación estrecha con el Ministerio Público, puedan participar sin complicaciones en el entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener elementos de pruebas así como proceder a la intervención y detención de sus autores y partícipes. Indudablemente que estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. En consecuencia, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, sino llevarse cabo preservando los mismos. Recordemos que el nuevo Código Procesal Penal garantiza la obtención de la prueba por medios lícitos, de lo contrario la adquisición de una fuente de prueba no sería aceptada ni valorada como cargo de imputación. De modo que en este aspecto debe tenerse mucho cuidado en la operativización de los actos de investigación.

C) Carácter de los actos de investigación (artículo 325)

Las actuaciones de la investigación solo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los



efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código. Recordemos que el fiscal en la investigación preparatoria como primera etapa del proceso común solo realiza actos de investigación en procura de obtener elementos de convicción para decidir, y no actos de prueba, siendo las únicas que se pueden realizar en esta etapa por circunstancias especiales, la prueba preconstituida y la prueba anticipada.

D. Diligencias de la investigación preparatoria

1. Diligencias necesarias (artículo 337.1)

El fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.

2. Diligencias preliminares irrepetibles (artículo 337.2)

Las diligencias preliminares forman parte de la investigación preparatoria. Esto se refiere a las diligencias que se han realizado y que pasan a formar parte de la investigación incluso luego de formalizada.

No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.

3. Diligencias que pueden ordenarse (artículo 337.3)

El fiscal puede:

- a) Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas están obligadas a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación. También lo están los peritos para emitir su dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva. La medida no es gratuita, toda vez que los mismos justiciables deben continuar con el mismo interés en colaborar con el esclarecimiento de los hechos.
- b) Solicitar las informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándole conforme a las circunstancias del caso.



4. Actuación de diligencias de los sujetos procesales (artículo 337.4)

Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Esto significa que las partes pueden presentar o solicitar diligencias todo lo que se considere y es el Fiscal quien dirá si son pertinentes.

5. Intervención del juez (artículo 337.5)

Cuando el Fiscal rechazare la solicitud, instará al juez de la investigación preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el fiscal.

E. ¿Quién dirige la investigación preparatoria?

El Código Procesal Penal ha sido reiterativo en este aspecto a través de los siguientes enunciados normativos:

1. Norma señalada en el Artículo IV del Título Preliminar

- a) El Ministerio Público es el 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.
- b) 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.

Queda claro que bajo el sistema acusatorio el fiscal organiza, dirige, conduce, y planifica la investigación preparatoria. Para dicho efecto está facultado para realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere pertinentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional.

Así, por ejemplo, el fiscal no puede encargar a la policía el ingreso al domicilio de una persona que es materia de investigación, so



pretexto de ubicar el objeto material del delito que se imputa, si previamente no lo ha solicitado al juez.

El fiscal es quien va a decidir la estrategia de investigación que el caso requiera. Para ello va a programar y coordinar con quienes corresponda lo relativo al empleo de pautas, técnicas y medios indispensables que permitan obtener un resultado positivo.

Cuando el fiscal ordene la intervención policial, deberá precisar su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez y eficacia. Ello deberá realizarse respetando el derecho de defensa y demás derechos fundamentales.

2. Funciones del Ministerio Público (artículo 60.2)

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 sus funciones. No se trata de funciones ajenas a la investigación de un delito, por el contrario nuestro punto de vista es que el fiscal y la policía formen un binomio y que asuman funciones de coordinación y colaboración entre ambos, más que de una sujeción.

3. Dirección de la investigación (artículo 322)

El fiscal dirige la investigación preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65, esto es que la función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal.

F. Atribuciones y obligaciones del fiscal

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.
2. Tiene a su cargo la investigación preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.



3. Solicitará al Juez las medidas que considere necesarias, cuando corresponda hacerlo, por ejemplo, las medidas coercitivas (personales o reales).
4. Interviene permanentemente en todo el desarrollo del proceso. Tiene legitimación para interponer los recursos y medios de impugnación que la ley establece.
5. Está obligado a apartarse del conocimiento de una investigación o proceso cuando esté incurso en las causales de inhibición establecidas en el artículo 53.
6. Para la práctica de los actos de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a ley.
7. El Fiscal, además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar Indicios materiales en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos. Para este cometido, el Fiscal se ha presentado en el lugar de los hechos.
8. El Fiscal formulará disposiciones, requerimientos y providencias en forma motivada y específica.
9. El Fiscal procederá oralmente en la Audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos.
10. En caso de incomparecencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la Policía Nacional.

G. Funciones del juez de la investigación preparatoria (artículo 323)

Corresponde, en esta etapa, al Juez de la investigación preparatoria realizar, a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este Código.

El Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para:

1. Autorizar la constitución de las partes;
2. Pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y –cuando corresponda– las medidas de protección;
3. Resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales;



4. Realizar los actos de prueba anticipada; y,
5. Controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código.

H. Reserva y secreto de la investigación

La investigación tiene carácter reservado. Solo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos.

En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.

Entendemos como reserva de la investigación el mantenimiento en la esfera particular de los sujetos procesales del contenido de la investigación, con exclusión de los demás que no son considerados como sujetos procesales. Así, por ejemplo, si Juan denuncia a Pedro por delito de hurto simple, solo ellos tienen que conocer el estado de la investigación, pero no Luis, quien puede ser amigo de uno de ellos pero no se encuentra implicado, no tiene interés ni resulta ser interviniente en el mismo, por lo que la reserva opera solo para él y las demás personas que tienen la misma condición.

Ello connota que solo podrán enterarse del contenido de la investigación las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. Asimismo, estas pueden en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, vale decir, de las diligencias como las declaraciones y otras, previa solicitud del sujeto procesal.

El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La disposición del fiscal que declara el secreto se notificará a las partes.

El secreto de la investigación significa el desconocimiento de una diligencia o documento de la investigación de los sujetos procesales por un tiempo prudencial.

Cualquiera de los intervinientes (denunciante y denunciado) puede solicitar copias de la actuaciones en dicha investigación, pero estas serán utilizadas solo para fines del uso de la defensa. El abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de ley, bajo responsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en



el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio.

I. Condiciones de las actuaciones (artículo 338)

1. El fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales a las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación.
2. El Fiscal velará porque la concurrencia de las personas autorizadas no interfiera en el normal desarrollo del acto e impartirá instrucciones obligatorias a los asistentes para conducir adecuadamente la diligencia. Está facultado a excluirlos en cualquier momento si vulneran el orden y disciplina.
3. El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones de investigación, podrá solicitar la intervención de la Policía y, si es necesario, el uso de la fuerza pública, ordenando todo aquello que sea necesario para el seguro y ordenado cumplimiento de las actuaciones que desarrolla. Si el Fiscal es el que dirige la investigación, de qué forma puede esclarecer los hechos si las personas involucradas no concurren a las citaciones.
4. Cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la ley, deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente.

J. Efectos de la formalización. (artículo 339)

La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.

Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial. Hoy el Fiscal abre una investigación preliminar sin poner en conocimiento al órgano jurisdiccional, de manera que si archiva no tiene que dar cuenta al juez. Bajo el esquema del nuevo proceso penal al abrir investigación preparatoria, ya no puede archivar, porque dicha fase procesal constituye *per se* el inicio del proceso penal. De ahí que la apertura se comunica al Juez y él resuelve.



VII. ACTUACIÓN FISCAL-POLICÍA

A) ¿Qué debe o puede hacer el Fiscal luego de la noticia criminal?

1. Practicará acto de investigación (artículo 61.2)

El Fiscal tiene a su cargo la investigación preparatoria. Practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado.

2. Precisión del objeto de la investigación (artículo 65.3)

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.

3. Constituirse en cualquier lugar (artículo 116.2)

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.

4. Constituirse en el lugar de los hechos (artículo 330.3)

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

B) ¿Quién dirige, conduce y controla la investigación?

1. El Ministerio Público como titular de la acción penal (artículo IV del Título Preliminar)

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.

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.

2. Funciones del Fiscal (artículo 60)

El Fiscal es titular del ejercicio de la acción penal. 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.

3. Atribuciones y obligaciones del Fiscal (artículo 61)

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.

4. Dirección de la investigación (artículo 322.1)

El fiscal dirige la investigación preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tenga contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65.

C) Poder coercitivo

1. Poder coercitivo del fiscal (artículo 66)

En caso de inconcurrencia a una citación debidamente notificada bajo apercibimiento, el Ministerio Público dispondrá la conducción compulsiva del omiso por la policía nacional. Este poder coercitivo entregado al Fiscal ha sido cuestionado en algunos sectores, sin embargo, es en el plano práctico donde se determinará su eficacia o su abuso.

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.

2. Deberes del agraviado (artículo 96)

La intervención del agraviado como actor civil no lo exime de deber de declarar como testigo en las actuaciones de la investigación y del juicio oral. Su concurrencia puede ser obligatoria, por lo que



en caso de inconcurrencia a la diligencia ordenada, puede acarrear su conducción compulsiva.

3. Poder coercitivo (artículo 126)

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. Esto implica que en caso algún partícipe del proceso sea citado para la actuación de alguna diligencia, es obligatorio su cumplimiento bajo sanción de ser conducido compulsivamente con auxilio de la policía.

VIII. CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

A) El plazo (artículo 342)

Cuando se trata de una investigación sin mayor complicación o que no resulte compleja, se establece que el plazo de la investigación preparatoria formalizada es de *ciento veinte días naturales*. Y solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el fiscal podrá prorrogarla por única hasta por *un máximo de sesenta días naturales*.

Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la investigación preparatoria formalizada es de ocho meses. La prórroga por igual plazo (ocho meses más) debe concederla el juez de la investigación preparatoria, esto implica que si el Fiscal del Caso necesita este plazo suplementario lo solicitará al Juez de la Investigación Preparatoria quien podrá o no concederla, previa Audiencia de las partes interesadas.

Ahora bien, la ley señala los requisitos para que un proceso se considere complejo:

- Requiera la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación: esto es, que deba actuarse una serie de diligencias, como las declaraciones del denunciante, denunciados, recabar informes periciales, identificaciones, etc.
- Comprenda la investigación de numerosos delitos: puede tratarse de un concurso real o ideal de delitos.
- Involucra una cantidad importante de imputados o agraviados;
- Investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas;



- Demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos;
- Necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o,
- Deba revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado.

No es necesaria la concurrencia de todos los requisitos señalados para considerar una investigación compleja, basta la presencia de uno de ellos para que sea tal.

B) Cumplimiento de la finalidad de la investigación preparatoria (artículo 343.1)

El fiscal dará por concluida la investigación preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aún cuando no hubiere vencido el plazo. Esto implica que si ya reunió los elementos de convicción de cargo y de descargo, que le permitan decidir si formula o no acusación, en un plazo menor a los ciento veinte días dará por terminada dicha etapa y emitirá la disposición que corresponda.

C) El control del plazo (artículo 343. 2 y 3)

No obstante, haberse vencido los plazos previstos (ciento veinte días o, con prórroga de sesenta días más) y el Fiscal no dé por concluida la investigación preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al juez de la investigación preparatoria. Para estos efectos el juez citará al fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución correspondiente.

Si el Juez ordena la conclusión de la investigación preparatoria, el fiscal en el plazo de diez días, posterior a dicha decisión, debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el fiscal.





Artículo 322. Dirección de la investigación

- 1. El Fiscal dirige la Investigación Preparatoria. A tal efecto podrá realizar por sí mismo o encomendar a la Policía las diligencias de investigación que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos, ya sea por propia iniciativa o a solicitud de parte, siempre que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional. En cuanto a la actuación policial rige lo dispuesto en el artículo 65.**
- 2. Para la práctica de los actos de investigación puede requerir la colaboración de las autoridades y funcionarios públicos, quienes lo harán en el ámbito de sus respectivas competencias y cumplirán los requerimientos o pedidos de informes que se realicen conforme a la Ley.**
- 3. El Fiscal, además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar indicios materiales en los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de los mismos.**

Artículo 323. Función del Juez de la Investigación Preparatoria

- 1. Corresponde, en esta etapa, al Juez de la Investigación Preparatoria realizar, a requerimiento del Fiscal o a solicitud de las demás partes, los actos procesales que expresamente autoriza este Código.**
- 2. El Juez de la Investigación Preparatoria, enunciativamente, está facultado para: a) autorizar la constitución de las partes; b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y—cuando corresponda— las medidas de protección; c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; d) realizar los actos de prueba anticipada; y, e) controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en este código.**

Artículo 324. Reserva y secreto de la investigación

- 1. La investigación tiene carácter reservado. Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos. En cualquier momento pueden obtener copia simple de las actuaciones.**
- 2. El Fiscal puede ordenar que alguna actuación o documento se mantenga en secreto por un tiempo no mayor de veinte días, prorrogables por el Juez de la Investigación Preparatoria por un plazo no mayor de veinte días, cuando su conocimiento pueda dificultar el éxito de la investigación. La Disposición del Fiscal que declara el secreto se notificará a las partes.**
- 3. Las copias que se obtengan son para uso de la defensa. El Abogado que las reciba está obligado a mantener la reserva de Ley, bajo res-**

ponsabilidad disciplinaria. Si reincidiera se notificará al patrocinado para que lo sustituya en el término de dos días de notificado. Si no lo hiciera, se nombrará uno de oficio.

Artículo 325. Carácter de las actuaciones de la investigación

Las actuaciones de la investigación sólo sirven para emitir las resoluciones propias de la investigación y de la etapa intermedia. Para los efectos de la sentencia tienen carácter de acto de prueba las pruebas anticipadas recibidas de conformidad con los artículos 242 y siguientes, y las actuaciones objetivas e irreproducibles cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

COMENTARIO:

**LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO
EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004**

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La legitimidad del sistema penal reposa indudablemente en su eficacia, en su capacidad para perseguir y sancionar el delito, a partir de los actos de investigación y de persecución penal que concretizan los órganos públicos predispuestos. La inaplicabilidad de la ley penal y la consecuente impunidad del delito generan el debilitamiento del sistema jurídico-estatal, tanto desde un punto de vista normativo como empírico-social. La efectiva realización de la justicia es un poder-deber que se asienta en las bases comprensivas y fundacionales de un orden democrático de Derecho.

En el marco del Estado de Derecho rige el principio de legalidad, el cual vincula a los poderes públicos al ámbito estricto de la ley, esto es, los órganos de persecución deben sujetar su actuación a los mandatos de la legislación positiva. Desde un plano puramente político-criminal, los órganos de perse-

* Profesor de la Academia de la Magistratura, Fiscal Provincial Adjunto, Título en postgrado en Derecho Procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), maestría en Ciencias Penales por la UNMSM, Ex-Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación; autor de obras, como: Derecho Penal. Parte General, Manual de Derecho Procesal Penal, Exégesis al nuevo Código Procesal Penal, Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual y Temas de Derecho Penal y Procesal Penal en co-autoría con el profesor español Manuel Miranda Estrampes.

cución y de juzgamiento están obligados a promover la acción de la justicia penal y de juzgar y sancionar a quien con su conducta antijurídica ha vulnerado o puesto en peligro bienes jurídicos penalmente tutelados.

La realización de la ley penal sustantiva solo puede adquirir concreción a través del proceso penal. El proceso penal es la vía arbitrada que materializa el orden jurídico-constitucional para restablecer la paz y la seguridad jurídica; y no solo debe garantizar los derechos y garantías constitucionales del imputado, sino también la eficacia de la persecución penal, en orden a tutelar los intereses sociales necesitados de amparo jurisdiccional.

El proceso penal debe constituirse en un mecanismo de pacificación social y en un instrumento rehabilitador de la convivencia de los ciudadanos. El nuevo sistema procesal-penal que se propone con el CPP de 2004 pretende armonizar los intereses individuales con la seguridad ciudadana. La persecución penal de los delitos debe afrontarse desde la plena habilitación de las garantías jurídicas. Una política criminal moderna y garantista debe ejercer la prevención del delito en una composición normativa de plenas garantías para los justiciables. Sin intención de soslayar la figura del juez, queda claro que es el fiscal quien asume una figura protagónica en este nuevo cuerpo adjetivo, no solo como perseguidor público, sino también como garante de la legalidad y de los derechos subjetivos consagrados en el texto iusfundamental.

La posición funcional que las últimas Constituciones le conferían al Ministerio Público es recogida comprensivamente por el nuevo CPP. De hecho, la titularidad de la acción penal y la dirección en la investigación del delito no fueron recogidas positivamente por el Código de Procedimientos Penales de 1940. Claro está, un modelo mixto más inclinado al principio inquisitivo reconoce espacios mínimos de actuación al perseguidor público, sobredimensionando la figura del juzgador, quien no solo juzga y hace ejecutar lo juzgado, sino que también extiende sus facultades en el ámbito de la investigación del delito. En tal virtud, se afirma con corrección, que el principio acusatorio moderno está ligado fundamentalmente a las tareas y compromisos que el fiscal adquiere en la persecución del delito.

La figura del fiscal, como sabemos, aparece en el ordenamiento jurídico-inglés, bajo la el nombre del *prosecutor* o *attorney*, a fin de impregnar de imparcialidad y de objetividad la función acusadora, que ya no podía estar en manos del juez, tal como se configuraba en el sistema inquisitivo. La atribución del Ministerio Público de la función acusadora o de la persecución penal pública es pues un desarrollo contemporáneo que tiene en gran medida su



origen en el rechazo liberal, sustentado por los revolucionarios de 1789, hacia el sistema de Administración de justicia del antiguo régimen¹.

De tal manera, que fue el sistema mixto que permitió la aparición del Ministerio Público o Ministerio Fiscal como un organismo independiente del órgano judicante, como órgano requirente de la acción penal. Empero, su aparición en la vida pública no manifiesta una posición constitucional homogénea, en la medida que su creación en las Constituciones latinoamericanas y europeas refleja posiciones divergentes, en cuanto a su autonomía institucional en relación con los otros poderes del Estado. En nuestro caso, la Constitución Política de 1979 y luego la de 1993 consagraron la independencia funcional y dirección autonómica del Ministerio Público, pero no como un poder del Estado, a diferencia del Poder Judicial.

Los estudios recientes que se han elaborado sobre el Ministerio Público se han dirigido a establecer la pertinencia de que esta institución sea la encargada de investigar el delito en todo el *iter* del proceso penal, claro está, incluyendo la etapa preprocesal, que en el caso del nuevo CPP comprende a la investigación preparatoria y a las diligencias preliminares.

Dichos estudios doctrinales han sido enfocados desde diversas aristas, pues el Ministerio Público o Ministerio Fiscal en las diversas constituciones de la legislación comparada no siempre es reconocido como una institución pública independiente. En algunos países es un apéndice del Poder Judicial²; y en otros, sus miembros más representativos son elegidos por el Poder Ejecutivo con cierta participación del Poder Legislativo. Con todo, la opción deseada se sostiene sobre la configuración constitucional del Ministerio Público, a fin de garantizar una persecución e investigación imparcial. A continuación, demostraremos que, en el caso peruano, la opción deseada es la consolidación del fiscal como órgano director de la investigación criminal, en concordancia con su posición oficial acusadora.

II. EL ROL DEL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Es claro que el principio acusatorio presupone, en esencia, la separación de funciones entre los órganos públicos encargados de acusar y de decidir la causa penal, esto es, el fiscal es quien detenta la persecución penal pública y el juez el que se encarga de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado.

1 HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho Procesal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002, pág. 106.

2 Así, el caso de Costa Rica, Colombia, México y Paraguay.



Empero, la adopción del principio acusatorio importa más que esto, exige que quien investigue sea aquel que detenta la función acusadora. En efecto, el sistema acogido en el nuevo CPP pretende reducir al máximo las facultades discrecionales del juzgador, limitando su actuación a una función juzgadora y garantista, de ahí que se hable con corrección de un juez de garantías³, claro está, reservando en el principio de jurisdiccionalidad la imposición de medidas coercitivas y medidas limitativas u restrictivas de derecho. Dicho de otro modo, un sistema procesal que se sostiene fundamentalmente en la imparcialidad, objetividad e independencia del órgano jurisdiccional debe despojar al juzgador de cualquier atribución que importe poner en riesgo dichos principios fundamentales.

En tal medida, resulta adecuada y pertinente, la atribución directriz de la investigación preparatoria a la figura del fiscal. Esta configuración la asume el nuevo CPP, en el inciso 1 del artículo IV de su Título Preliminar cuando establece lo siguiente: “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”.

La investigación del delito en su fase preliminar es la base fundamental de todo el procedimiento penal, pues a partir de su concreción fáctica, el persecutor público está en posibilidad de acoplar todo el material probatorio de cargo, destinado a la probanza del injusto penal y de la responsabilidad criminal del imputado, o a contrario sensu promover la abstención del poder punitivo del Estado, cuando de dicha investigación se demuestre la irrelevancia jurídico-penal de la conducta imputada, o ante una inminente insuficiencia de pruebas.

Se puede decir, entonces, con propiedad que la investigación preparatoria allana el camino para el juicio oral y de cierta forma delimita el objeto del juzgamiento, en la medida que lo ejecutado y realizado en esta fase por el agente fiscal, condicionará el contenido de su acusación. Es en la investigación preparatoria donde el persecutor oficial deberá adquirir u obtener medios de prueba, en consonancia con el *onus probandi*. Adquisición probatoria que se materializa con las medidas limitativas y restrictivas de derecho que el nuevo CPP ha comprendido normativamente en el Título III del Libro Segundo.

Siendo así, podemos definir la investigación preparatoria, como la fase del procedimiento en la cual se realizan y ejecutan una serie de actos de coerción y de restricción, destinados fundamentalmente al recojo y acopio

3 Así, HORVITZ LENNON. Ob. cit., pág. 120.



de pruebas que puedan sostener, en la etapa intermedia, la pertinencia de llevar a juzgamiento un caso que revela suficientes indicios objetivos de criminalidad o, en su defecto, la imposibilidad de llevar a juzgamiento una causa que no se adecua con los elementos materiales que exige la legalidad para llevar a cabo la culminación del ejercicio persecutorio estatal. Así, pues, los actos de investigación son aquellos que se realizan en la fase sumarial o con anterioridad a la misma, pero con carácter preventivo, con el fin de verificar las funciones específicas de esta fase del procedimiento penal⁴.

El inciso 1 del artículo 321 del nuevo CPP establece que la investigación preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo o de descargo, que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado, preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Por esta razón, la investigación se dirige a establecer la efectividad del hecho imputado, con todas las circunstancias de personas, cosas o lugares; identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones y, en general, recoger todos los antecedentes que puedan servir para tomar la decisión acerca del curso de la persecución penal⁵.

La investigación tiene, entonces, por finalidad reconstruir el hecho punible desde sus diversas aristas relacionadas con los elementos componedores de tipicidad, autoría y participación, contenido del injusto, circunstancias modificativas de responsabilidad (atenuantes y agravantes, etc.). Claro que si bien el éxito del proceso está condicionado a la eficacia de la investigación, no por ello esta actividad podrá desconocer los derechos fundamentales del imputado.

Fue la Constitución Política de 1979, el texto iusfundamental que confirió facultades de investigación al Ministerio Público, reconociéndose su institucionalidad autónoma, como órgano requirente de la acción penal, ajena al poder judicial. Concretamente, el inciso 5 del artículo 250 estableció que el Ministerio Público “vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial”. Luego, con la dación del Decreto Legislativo N° 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público), se trasladó legislativamente dicha función investigadora en su estructura organizacional, estableciéndose que el Minis-

4 ASENCIO MELLADO, J. M. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, pág. 145.

5 CAROCCA PÉREZ, Alex. *El nuevo Sistema Procesal Penal*. La Ley. Santiago de Chile, 2003, pág. 109.



terio Público vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación.

Empero, fue la Ley Fundamental de 1993, la que recogió la función del agente fiscal desde una técnica legislativa más depurada y a partir de una terminología más adecuada, señalando que corresponde al Ministerio Público conducir desde sus inicios 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. Por lo tanto, de dicha prescripción se colige lo siguiente: i) Es el Ministerio Público –como titular de la acción penal– quien asume la conducción directriz de la investigación criminal desde sus inicios, consagrándose de esta manera el principio acusatorio en el Sistema Procesal Penal; ii) El Ministerio Público –como director de la investigación criminal– es la institución encargada de programar y de delinear la estrategia de investigación, y para tal fin se sirve de los órganos especializados en criminalística de la Policía Nacional, por consiguiente, el órgano policial se somete a los mandatos del agente fiscal en este ámbito; y iii) El fiscal no solo es el funcionario encargado de promocionar la persecución penal, sino también de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, controlando y vigilando la actuación policial.

De todos modos, la Constitución Política del Estado solo configura los principios sobre los cuales debe desarrollarse la política criminal en el ámbito de la persecución penal. La Constitución no contiene en su seno una política criminal concreta ni, por lo tanto, establece unos criterios fijos; si así lo hiciera, dejaría de ser el instrumento básico regulador de la convivencia democrática y pluralista para convertirse en un programa político partidista. Pero sí marca unas líneas programáticas generales y contiene un sistema de valores, que no pueden ser contradictivos⁶.

En efecto, el legislador se quedó en medio camino, pues no adecuó normativamente el Código de Procedimientos Penales de 1940 a la nueva configuración de la persecución penal que revelaba la Ley Fundamental. No olvidemos que dicho cuerpo adjetivo consagra un procedimiento penal nítidamente inquisitivo en la fase de instrucción (investigación). Dicho en otras palabras, si bien el marco jurídico-constitucional le había conferido al Ministerio Público la dirección de la investigación criminal, existía un vacío legal en cuanto a los instrumentos y elementos que debía contar esta institución para

6 CARBONELL MATEU, J. C. *Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, págs. 84-85; así, Díez RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales*. Editorial Trotta S.A. Madrid, 2003, pág. 178.



poder desarrollar de forma cabal este rol fundamental. Por consiguiente, si bien la Carta Política consagraba el principio acusatorio en toda su dimensión formal, la normativa específica no recogía el mandato constitucional en toda su amplitud.

Fueron razones estrictamente político-criminales las que encausaron la respuesta del legislador en el ámbito de la investigación criminal; respuesta política criminal que obedeció a un contexto de especial envergadura criminológica, expresada en la puesta en conocimiento de una organización delictiva de estructura "paraestatal", cuyos tentáculos habían copado la Administración Pública por entero, a partir de la cual se habían vulnerado bienes jurídicos fundamentales. De tal manera que urgía una reforma procesal penal en este aspecto, a fin de incorporar mecanismos e instrumentos normativos capaces de enfrentar de forma satisfactoria y eficiente a una criminalidad tan compleja, que revelaba una serie de particularidades, tanto por la calidad de sus miembros como por la pluralidad de delitos que se perpetraron desde su interior.

En tal virtud, se sancionaron dos leyes: la Ley N° 27378 - Ley de colaboración eficaz (Derecho Penal premial) y la Ley N° 27379 Ley de medidas limitativas de derechos a nivel de investigación preliminar. La primera de ellas manifiesta una institución de raíces anglosajones (*plea bargaining*), más llevada al consenso y a la negociación de las partes, destinada al acopio de medios de prueba de incriminación y a la identificación de los jefes y cabecillas de las organizaciones criminales. Mientras que la segunda, destinada al aseguramiento de los fines últimos del procedimiento penal, esto es, la efectiva punición del imputado y la satisfacción de la pretensión civil, mediante la adopción de una serie de medidas de coerción (personal y real), que limitan y restringen derechos fundamentales⁷.

Con todo, este marco político-criminal significó un paso fundamental hacia la configuración de un marco legal sostenido fundamentalmente en el principio acusatorio. De esta forma se separa tajantemente las funciones de acusar e investigar de aquellas estrictamente decisorias; las primeras atribuidas al órgano persecutor público, y las segundas reconocidas exclusivamente en el juzgador. Sin embargo, esta separación no adquiere aún la amplitud de las facultades de investigación en monopolio del Ministerio Público, pues,

7 Así, Cubas Villanueva, al señalar que esta ley se dictó frente al riesgo de ineficacia y en atención al peligro de demora, para limitar algunos derechos en aras de garantizar la eficacia en las averiguaciones, asegurando las fuentes de prueba y las personas vinculadas al delito; vide CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal. Teoría y práctica*. 5ª edición. Palestra Editores. Lima, 2003, pág. 197.

según las normas vigentes, el juez penal aún realiza la función investigadora; estado de cosas que es corregido por el nuevo CPP, tal como se expuso en líneas precedentes.

Asimismo, en concordancia con la Ley N° 27379, se sanciona la Ley N° 27399, que faculta al Fiscal de la Nación la realización de investigaciones preliminares en el procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a los funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política. Estableciéndose, en su artículo 2, que los funcionarios mencionados en la norma anotada pueden ser objeto de las medidas limitativas de derechos previstas en la Ley N° 27379⁸. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios mencionados en el primer párrafo del artículo 93 de la Ley Fundamental, esto es, con respecto a los congresistas de la República.

En efecto, en sujeción al escalafón funcional o el grado jerárquico del investigado, la atribución de investigar estos presuntos actos delictivos le corresponde por antonomasia a quien ejerce la máxima investidura en el órgano persecutor del delito. El Fiscal de la Nación –como máxima autoridad política, administrativa y funcional– del Ministerio Público adoptará las medidas limitativas que sean necesarias para el aseguramiento de las pruebas así como la puesta a disposición del imputado al órgano jurisdiccional⁹. Esta actuación se circunscribe a los delitos de función (infracción de deber), aquellos que se cometen en prevalimiento del cargo ejercido, y que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos de naturaleza institucional (v. gr. delitos contra la Administración Pública y contra la Administración de Justicia¹⁰). Pues, en el caso de la presunta comisión de injustos penales comunes, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política.

Debe agregarse en este nivel, la Ley N° 27380 del 21/12/2000, que incorporó los artículos 80-A y 80-B¹¹ a la Ley Orgánica del Ministerio Público, confiriéndose al Fiscal de la Nación la designación de equipos de fiscales para

8 Están excluidas de las medidas limitativas de derechos las previstas en el artículo 143 del CPP de 1991, así como las establecidas en el artículo 2 de la Ley N° 27379, concretamente en sus incisos 1 (detención preliminar) y 2 (impedimento de salir de la localidad en donde domicilie o del lugar que se le fije).

9 Así, también, las facultades que el texto iusfundamental confiere al Fiscal de la Nación en el artículo 41 (segundo párrafo): “Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial”.

10 Título XVIII del CP.

11 El articulado ha sido reglamentado por la Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 009-201-MP-FN-JFS del 28/02/01.

la investigación de casos complejos, en razón de la gravedad del injusto presuntamente cometido, por la cantidad de agraviados, por dificultades probatorias por conexión delictiva; en suma, por criterios político criminales. De todas maneras, en el ámbito estrictamente constitucional, debe reformarse el artículo 100, a fin de reivindicar la titularidad de la acción penal al Fiscal de la Nación, en el ámbito de las investigaciones a altos funcionarios del Estado.

En este orden de ideas, debe también destacarse la Ley N° 27934 del 12/02/03 - Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del delito, donde se regulan una serie de circunstancias y mecanismos procesales, que permiten una adecuada coordinación e interacción de ambas instituciones públicas. No olvidemos que la persecución penal pública y la investigación criminal son tareas que se encomiendan de forma compartida al Ministerio Público y a la Policía Nacional. Por otro lado, esta ley (artículo 2) faculta al agente fiscal a solicitar al juez las medidas de coerción personal previstas en los artículos 135 y 143 del CPP de 1991. Esta regulación normativa presupone la consagración del principio acusatorio en la etapa sumarial o, dígame, preprocesal.

III. LA IMPARCIALIDAD Y OBJETIVIDAD EN LA FUNCIÓN DEL ÓRGANO PERSECUTOR PÚBLICO

El diseño constitucional en nuestro país ha adoptado el sistema acusatorio, atribuyendo al agente fiscal la función acusadora e investigadora. Sin duda, el principio acusatorio se manifiesta en toda su magnitud cuando las funciones acusadoras y juzgadoras son encomendadas a órganos públicos distintos. De esta forma, se garantiza la imparcialidad y objetividad de los órganos públicos predispuestos. Empero, se ha puesto en tela de juicio en un sector de la doctrina, que el ejercicio de la investigación por parte del fiscal en la etapa sumarial no presupone necesariamente la consolidación del principio acusatorio y que las funciones de investigación por parte del juzgador se ajustan a los parámetros constitucionales.

En efecto, la jurisprudencia constitucional española –en concreto la STC 32/1994 de 31/01/1994 (Sala 2ª)– ha declarado la constitucionalidad de la instrucción judicial, al destacar que el principio acusatorio “no implica que la dirección de la investigación en los procedimientos penales no corresponda ya al juez de instrucción¹²”. Entonces, siguiendo esta orientación, la sospecha

12 MARTÍN PASTOR, José. *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 2005, pág. 197.



de no imparcialidad solo se produce cuando el mismo juez que instruye la causa es finalmente el que la juzga y decide, es decir, cuando coincide en una misma persona la función investigadora y sentenciadora. Afirmación que no carece de validez, a partir de una lectura amplia que se haga sobre el artículo 117 de la Constitución española.

Nuestro modelo iusfundamental consagra definitivamente un modelo procesal penal "acusatorio-garantista", en la medida que los incisos 1, 4 y 5 atribuyen al Ministerio Público, respectivamente, la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho, conducir desde sus inicios la investigación del delito y ejercer la acción penal de oficio o a petición de parte. De hecho, el principio acusatorio en su acepción pura, significa la atribución de la función acusadora a un órgano distinto al órgano jurisdiccional, a fin de garantizar la imparcialidad del procedimiento penal.

Ahora bien, no solo se debe cautelar la imparcialidad e objetividad de los órganos públicos, sino también velar por los derechos fundamentales de los justiciables. La función del juzgador es juzgar, de ejecutar lo juzgado, de velar por los derechos fundamentales, y de que la actuación de los órganos de persecución se realice en estricta observancia de los principios procesales fundamentales. Por consiguiente, cuando al juzgador se le encomiendan funciones de investigación (instrucción), se le sustrae de cierta manera, de su función cautelar y, por ende, los justiciables quedan de cierto modo desprotegidos.

El principio acusatorio se manifiesta de manera latente cuando atribuye la titularidad de la acción penal al Ministerio Público, es decir, sin un órgano público o privado que promueva la acción no habrá posibilidad de que se active la tutela judicial efectiva. Es decir, para que el agente fiscal pueda ejercitar la acción penal y realizar la pretensión persecutoria estatal, es necesario que este mismo órgano realice actos de investigación, a fin de contar con los elementos de cognición que le sirvan para sustentar válidamente su pretensión ante el Poder Judicial. Siendo así, no cabe duda de que función investigadora y acusadora son dependientes entre sí, y encuentran validez programática en el principio acusatorio-garantista.

De todos modos, valga aclarar que la actuación del agente fiscal en la investigación preliminar (investigación preparatoria) no es de naturaleza jurisdiccional, por lo que cualquier decisión que suponga afectación o restricción de derechos fundamentales necesita imperiosamente de una decisión jurisdiccional, así como de la convalidación judicial de actos de coerción, que se imponen por iniciativa del fiscal en la investigación sumarial. En consecuencia, según esta orientación, el legislador ordinario no podría encomendar al Ministerio Fiscal la adopción de resoluciones —básicamente sobre actos de

investigación y medidas cautelares, como la prisión provisional— que impliquen una limitación o una restricción de derechos fundamentales¹³, las cuales se someten al principio de jurisdiccionalidad. Así, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP establece que las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas en la ley, y en concordancia con las facultades que la ley le confieren al juez de la investigación preparatoria.

La normativa acotada configura un juez decisorio y tutelar de los derechos fundamentales. Consecuentemente, el modelo de justicia penal adoptado en nuestro texto iusfundamental supone la atribución de la investigación preliminar al agente fiscal; función que es consolidada y extendida normativamente a la etapa de Investigación Preparatoria (instrucción) en el nuevo CPP, tal como se prescribe en el artículo IV del Título Preliminar, en concordancia con el artículo 321 (*in fine*).

Este modelo de justicia penal ha sido adoptado también en el nuevo CPP chileno. Escribiendo al respecto, Horvitz Lennon señala que con la atribución de esta función (exclusiva de investigación de los delitos), se optó por el diseño de la investigación preparatoria más compatible con el principio acusatorio y con el respeto a las garantías del debido proceso. En consecuencia, se desechó el modelo del juez instructor propuesto en anteriores proyectos de reformas, el último de los cuales remonta solo a 1992¹⁴.

Por otro lado, no queda claro cómo puede garantizarse la imparcialidad y objetividad del persecutor público cuando el nuevo CPP le confiere indagar los elementos u hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. De tal manera, que el órgano persecutor público asume una dual posición, que a primera vista parece ser incompatible entre sí: por un lado, fungir de órgano acusador —a fin de cautelar los intereses públicos amparados en la persecución penal— y, por otro lado, asumir una especie de defensa del imputado. Por lo demás, la representación de intereses en conflicto resulta contraria a los principios generales de todo el ordenamiento jurídico, pues se supone que toda regla de representación parte del presupuesto de que nadie debe representar al mismo tiempo intereses contrapuestos¹⁵.

13 MARTÍN PASTOR, J. Ob. cit., pág. 203.

14 HORVITZ LENNON, M. Ob. cit., págs. 143-144.

15 BOVINO, Alberto. "El Ministerio Público en el proceso de reforma". En: *Problemas del Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1998, pág. 37.



Antes de pasar a examinar el estado de la cuestión, debe señalarse lo siguiente: sin duda, es el principio de legalidad el que sujeta la actuación del Ministerio Público al marco estricto de la ley, en tal sentido, debe promover una investigación preliminar para poder garantizar la efectiva sanción del agente delictivo. El principio de legalidad en su manifestación procesal penal atiende, desde esta perspectiva, a la ideología del Estado de Derecho, en cuanto pretende el sometimiento de los poderes públicos a la ley¹⁶. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (Exp. N° 6167-2005-PHC/TC), el respeto a este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley. No podemos olvidar que la realización de la ley penal sustantiva está condicionada a la persecución penal que se materializa en el procedimiento.

Sin embargo, el principio de legalidad o de estricta legalidad, no debe ser entendido o interpretado de forma vertical, como que el persecutor público debe buscar la culpabilidad del imputado a toda costa y a todo precio. Definitivamente, esto no es así, el principio de legalidad no debe ser comprendido de una forma unilateral, pues este presupone el pleno respeto a los principios informadores del Derecho Penal material (lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, resocialización, etc.). Entonces, si las primeras indagaciones o investigaciones arrojan elementos de convicción de que el hecho imputado no se adecua formalmente al tipo penal en concreto –sea por cuestiones de atipicidad subjetiva o objetiva, o existiendo preceptos permisivos (causas de justificación) u causas supresoras legales de punibilidad–, el agente fiscal deberá decidir por no formalizar la denuncia penal o, en el caso del nuevo CPP, no formalizar la investigación preparatoria¹⁷.

En el actual sistema procesal penal, determinados preceptos garantizan la imparcialidad y objetividad del agente fiscal, descartando una función persecutora absoluta o a toda costa. Como señalé en el apartado anterior, si es que de las diligencias e investigaciones preliminares no se advierten sufi-

16 ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Barcelona-Madrid, pág. 39.

17 Una manifestación concreta de la flexibilización del principio de legalidad es definitivamente el principio de oportunidad, el cual no supone una incompatibilidad con el primero. El uso reglado de los criterios de oportunidad puede ser entendido en una concepción del principio de legalidad que se condice con la concepción de un injusto penal definido por elementos materiales (merecimiento y necesidad de pena), que importan un uso racional del *ius puniendi* estatal.



cientes indicios de sospecha vehemente de criminalidad, el agente fiscal no deberá formalizar la denuncia penal. Decisión que puede ser apelada por el agraviado al Fiscal Superior Penal, quien con su decisión pondrá fin al asunto¹⁸.

Asimismo, en virtud del trámite establecido en el artículo 90 del C de PP modificado por el Decreto Legislativo N° 959, los medios de defensa técnica (cuestiones previas y excepciones), antes de ser resueltos por el órgano jurisdiccional, deberán ser objeto de dictamen fiscal. En tal virtud, el agente fiscal podrá estar de acuerdo con la pretensión de la defensa del imputado, y opinar por su procedencia; claro está, la opinión del agente fiscal no es vinculante por el juzgador.

Seguidamente, el ordenamiento jurídico-procesal, concretamente en el artículo 220, le confiere al fiscal la facultad de dar por terminada la persecución penal, opinando por el no mérito para pasar a juicio oral. En efecto, esta facultad se condice estrictamente con el principio acusatorio, con la máxima sin acusación no hay derecho de juzgamiento (*nullum iudicium sine accusatione*). El juzgamiento, verdadero núcleo del proceso, no puede tener lugar sin una parte pública o privada, que formule la acusación¹⁹. Como consecuencia de esta disponibilidad sobre el bien litigioso se señala *wo keinklager, da kein richter* (donde no hay actor, que no haya ningún juez), *ne procedatiudex ex officio*²⁰. El juez o Tribunal no puede hacer suya la acusación, pues esta facultad solo es conferida al órgano persecutor público. A contrario sensu, la imparcialidad del juzgador quedaría profundamente debilitada, al ejercer funciones significativamente incompatibles entre sí, que solo pueden tener validez mas no legitimidad, en un sistema inquisitivo-autoritario. Por consiguiente, si el persecutor público decide no acusar y el Tribunal no está de acuerdo en principio, con lo resuelto por el Fiscal Supremo, quedará terminada la incidencia. Ello quiere decir, en caso positivo, que si el Fiscal Supremo coincide con la resuelto por el Fiscal Superior, la causa deberá ser sobreseída definitivamente, pues no cabe impugnación alguna, ni menos el Tribunal puede abrir la causa a juzgamiento. El principio acusatorio se manifiesta en toda su magnitud cuando la decisión de pasar a juicio oral queda en manos del persecutor público. Este importante punto, lo retomaremos más adelante.

18 Artículo 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público: "(...) Consentida la resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento".

19 PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1997, pág. 112; así, ARMENTA DEU, T. Ob. cit., pág. 56.

20 MORENO CATENA, Víctor/ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín/ GIMENO SENDRA, Vicente. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pág. 246.



El artículo 274 del C de PP faculta al agente fiscal al retiro de la acusación, para lo cual se requiere que se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias de la condición jurídica anteriormente apreciada. Las razones que motivan el retiro de la acusación deberán presentarse en conclusiones escritas. En palabras de Sánchez Velarde, se trata de un acto de desprendimiento del fiscal de su función acusadora, poniendo por encima la defensa de la legalidad, decisión que resulta más apreciada que mantener la persecución penal en espera que la Sala resuelva la absolución del acusado²¹.

Empero, no es propiamente un acto de desprendimiento por parte del acusador oficial, sino la sujeción estricta de su actuación al principio de legalidad y de objetividad; todo lo cual consolida su posición imparcial en el proceso penal y, por otro lado, se deja de lado la imagen de acusador inquisidor, incompatible con un sistema penal esencialmente racional. En efecto, si es que a nivel de juzgamiento se incorporan nuevas pruebas de descargo²², que desvirtúan el contenido delictivo de los hechos imputados o que acreditan fehacientemente la inocencia del acusado, el agente fiscal debe hacer uso de esta facultad discrecional, a fin de que cese definitivamente la actividad persecutoria del Estado.

Sin embargo, la decisión final sobre la materia la tiene la Sala Penal Superior, la cual de encontrarla fundada, dictará un auto de sobreseimiento o, en caso contrario, podrá disponer que se amplíe la instrucción o que pasen los autos a otro fiscal para que formule nueva acusación. De todos modos, si el nuevo fiscal es de la misma opinión del fiscal anterior, la Sala no tendrá más camino que sobreseer la causa, pues, si sigue con el juzgamiento sin acusación previa, estaría vulnerando el principio acusatorio. Cuando se atribuye a los órganos del Poder Judicial el control del deber fiscal de cumplir la función persecutoria, se coloca al Tribunal en una posición requirente, comprometida con el interés acusatorio y, por ende, se imposibilita su actuación imparcial²³.

Sobre la imparcialidad del agente fiscal existe un punto muy importante, acerca de la "objetividad" que debe seguir en la persecución penal pública. La ficción persiste –apunta Bovino– cuando la investigación preparatoria se coloca en manos del Ministerio Público, en un modelo de mayor contenido acu-

21 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Lima, 2004, pág. 598.

22 El artículo 237 del C de PP confiere a las partes la posibilidad de presentar a la instancia algún perito o testigo nuevo, que puedan aportar conocimientos esclarecedores sobre el objeto principal del proceso.

23 BOVINO, A. *El Ministerio Público en el proceso de reforma*. Ob. cit., pág. 39.



satorio y, sin embargo, se define la función de ejercer la acción penal como deber objetivo de aplicación de la ley penal. Según la normativa acogida en el nuevo CPP, el fiscal no solo asume la potestad persecutoria del Estado —en régimen de monopolio—, sino que también se constituye en garante de los derechos fundamentales de los justiciables (sujetos procesales), a fin de garantizar la vigencia efectiva de los mismos.

El inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP, va más lejos y señala lo siguiente: “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”²⁴.

A partir de una primera lectura, nos preguntaríamos ¿cómo es posible que las funciones del fiscal puedan desdoblarse en dos actuaciones, realmente ambivalentes entre sí? ¿No es acaso que el perseguidor público debe cautelar únicamente la pretensión punitiva del Estado? Claro está, que en principio es así, y de cierta forma, esta función que le atribuye el texto iusfundamental no le permite actuar con objetividad, buscando en la investigación no solo indicios de criminalidad, sino también de inocencia. En efecto, el fiscal no puede constituirse en el abogado defensor del imputado, pues este cuenta ya con uno de su elección. Sin embargo, no debemos confundir dicha objetividad, en el sentido de aferrarse a una investigación abocada a conseguir indicios de criminalidad a toda costa.

El nuevo CPP configura una actividad probatoria que se dinamiza y desarrolla a partir de la actuación de los sujetos procesales (interpartes), donde a duras penas interviene el juzgador. En tal virtud, su propia investigación puede llevar al fiscal a determinar que no existen indicios reveladores de criminalidad, sea por una cuestión de atipicidad o de concurrencia de un precepto permisivo o de otros elementos que cuestionen el contenido material del injusto penal atribuido. Por otro lado, la defensa del imputado puede

24 Así, el artículo 61.2, al establecer que el fiscal en el curso de la Investigación Preparatoria practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, indagando no solo las circunstancias que permitan comprobar la imputación, sino también las que sirvan para eximir o atenuar la responsabilidad del imputado. En el Derecho comparado, países como Chile adoptan esta posición normativa, concretamente en el artículo 80-A de la Constitución chilena, y en el artículo 77 inciso 1 del CPP, que establecen que en el ejercicio de la acción penal pública, los fiscales actuarán con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.



dar a conocer al acusador público elementos de descargo u contraindicios, que pueda llevar al fiscal un razonamiento de inocencia o de no punibilidad. Cabe exigir que los fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean en su propio beneficio o interés²⁵.

El deber de actuación objetiva del Ministerio Público exige la realización de actuaciones, no solo a favor de la persecución penal, sino también a favor del imputado. Uno de los instrumentos que, paradójicamente, sirve a la ficción de la persecución objetiva, y que favorece las posibilidades de triunfo de la hipótesis acusatoria, consiste en la atribución de facultades defensivas al representante del Ministerio Público, v. gr. la facultad de recurrir a favor del imputado²⁶. Esta tesis es acogida positivamente en el nuevo CPP, específicamente en el artículo 405.1.a, que faculta al Ministerio Público a recurrir incluso a favor del imputado. Por lo tanto, podrá impugnar, por ejemplo, la sentencia condenatoria, cuando no esté de acuerdo con el cuántum de pena, por considerarlo excesivo y que debe ser rebajado, o en el caso de un medio de defensa técnica que ha sido desestimado por el juez de la investigación preparatoria.

En el ámbito de las investigaciones policiales que se realizan de la criminalidad más grave, v. gr. terrorismo o tráfico ilícito de drogas, el Ministerio Público realiza una función esencial, en la medida que la Constitución Política (artículo 2 inciso 24 literal f) permite una detención policial por un plazo no mayor de quince días. En tal virtud, como una forma de interdicción a la arbitrariedad pública (policial), los agentes fiscales tutelan los derechos y garantías fundamentales de los detenidos, disponiendo su inmediata puesta en libertad, cuando la detención es constitutiva de un acto arbitrario.

El Tribunal Constitucional ha resuelto recientemente (Exp. N° 2032-2005-PHC/TC) que habiéndose acreditado que la detención policial se efectuó sin que al momento de su ejecución exista situación de flagrante delito o mandato judicial que la ordene, según lo previsto en el artículo 2 numeral 24 literal f de la Constitución Política, se ha verificado una agresión a la libertad personal de contenido irreparable. Señalándose en el apartado 4.4., que “el fiscal (...) no obstante ser el garante de la legalidad, coonestó la arbitraria detención, resultando de aplicación el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, debiendo ser estimada la demanda (...)”.

25 HORVITZ LENNON, M. I., pág. 134.

26 BOVINO, A. Ob. cit., pág. 38.



Debe entenderse, entonces, que la imparcialidad y objetividad de la función persecutora del fiscal se deriva básicamente del mismo texto iusfundamental, cuando establece que la actuación del Ministerio Público se sujeta al principio de legalidad. Es el mismo marco de la legalidad lo que abona a favor de esta tesis (lo cual no es ninguna ficción), pues la garantía de un debido proceso penal (*fair trail*) implica que el fiscal no solo busque elementos reveladores de criminalidad, sino también que declina de dicha función cuando, en el ámbito de dicha función, advierta que el hecho imputado no es constitutivo de un tipo penal o, en su defecto, en primacía de la justicia material, recurrir a favor del imputado, cuando la pena impuesta por el Tribunal vulnere los principios de proporcionalidad, culpabilidad, humanidad, etc. De todos modos, la actuación del fiscal debe ser controlada y fiscalizada, a fin de tutelar los derechos y garantías de los justiciables, por lo cual la figura del Juez de Garantías es una necesidad impostergable.

IV. LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO REFLEJADAS EN LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la constitucionalidad normativa y el ente contralor de los derechos y libertades fundamentales. En el ámbito de los procesos constitucionales, que se siguen de conformidad con las disposiciones del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), la acción de hábeas corpus se constituye en un mecanismo esencial para la reivindicación de la libertad, como bien jurídico de primer valor en el marco del Estado Constitucional de Derecho. La libertad y sus derechos conexos pueden ser vulnerados en el ámbito de la persecución penal, a través de acciones u omisiones realizadas por los funcionarios públicos, que se encargan de dicha actuación pública según el texto iusfundamental²⁷.

Nuestro Sistema Procesal Penal vigente recoge una etapa sumarial y una procesal propiamente dicha. La etapa sumarial o investigación preliminar está dirigida por el fiscal, cuya finalidad principal es el acopio de pruebas de cargo, que sirvan para sostener ante el Poder Judicial una imputación jurídico-penal válida. En efecto, en esta etapa el juez no asume jurisdicción, por lo que, en general, no es posible la adopción de medidas de coerción (personales y reales)²⁸. Empero, la formalización de la denuncia penal por parte del fiscal es un presupuesto indispensable para que la jurisdicción penal pueda abrir

27 Artículo 25 *in fine*.

28 Con las excepciones previstas en las Leyes N°s. 27379 y 27934.



instrucción y de esta forma adoptar medidas de coerción sobre los bienes jurídicos del imputado.

Por otro lado, tal como se sostuvo líneas arriba, el Ministerio Público es el director de la investigación preliminar y, como tal, conduce y diseña la estrategia de la investigación criminal; investigación que no se encuentra claramente regulada en el ordenamiento jurídico-procesal. No obstante, debe quedar claro que en un Sistema Procesal más inclinado al principio acusatorio, quien realiza la investigación es el agente fiscal y no el juzgador, pues, de lo contrario, se configuraría una investigación propia de los sistemas inquisitivos y, por consiguiente, se vulneraría el principio de la unidad de la investigación, con los riesgos que aquello conlleva. La investigación por parte del fiscal no se circunscribe, entonces, en la etapa de investigación preliminar, sino que se extiende a lo largo de la instrucción –tanto en el procedimiento ordinario como sumario–. Es sobre el Ministerio Público que recae la carga de la prueba.

En la sentencia recaída en el Exp. N° 2521-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha emitido una serie de afirmaciones que, a nuestra consideración, suponen una vulneración a las facultades que la Ley Fundamental confiere al Ministerio Público en el ámbito de la investigación criminal. Debemos señalar que el comentario a exponer solo se circunscribe en las apreciaciones que el Tribunal Constitucional ha expuesto de forma general, en la medida que el caso concreto advierte ciertas aristas que nos desviarían del tema central.

Se trató de una acción de hábeas corpus interpuesta contra el titular de la Primera Fiscalía Provincial Especializada en delitos de Corrupción y contra un capitán de la Policía Nacional, por haber realizado “supuestamente” una investigación paralela a la que estaba efectuando el 38 Juzgado Penal de Lima, señalándose que la Constitución Política prohíbe el avocamiento al conocimiento de causas pendientes ante el órgano judicial. Los hechos contenidos en la demanda se refieren a una operación policial, ordenada por el fiscal demandado, en la cual se intervino al ex asesor de la municipalidad distrital de Lince por haber recibido ilícitamente una suma de dinero por parte de un ciudadano; hechos que dieron lugar a un atestado policial, que motivó la formalización de la denuncia penal por parte del fiscal demandado, y la reserva del derecho de promover acción penal contra el alcalde de la citada municipalidad, disponiendo para esto la ampliación de las investigaciones.

Resulta, entonces, que el fiscal demandado denuncia al asesor de la municipalidad por un delito de cohecho en flagrancia y, suponemos, que al



haber advertido ciertos indicios de participación delictiva por parte del alcalde, fue que reservo la investigación en cuanto a él. Esta fue una opción legal y lógica por parte del fiscal, en tanto, al tratarse de flagrancia delictiva, estaba en la obligación de formalizar la denuncia de forma inmediata, para que el denunciado pase a disposición del juez penal. Como también lo fue la reserva de la promoción de la acción penal con respecto al demandante, pues consideró necesario ampliar las investigaciones, a fin de buscar indicios razonables de criminalidad con respecto a él, a fin de ejercitar la acción penal si así correspondía.

Por consiguiente, el fiscal, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y de orden legal (artículos 9 y 95 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), está facultado para disponer la ampliación de la investigación, de conformidad con los principios de legalidad procesal y de obligatoriedad, respetando los derechos fundamentales del imputado. Una afirmación en contrario supondría considerar que el fiscal, en caso de coimputados, debe resolver la situación jurídica de todos ellos de forma única y simultánea, lo cual socava las facultades discrecionales del fiscal en el ámbito de la investigación delictiva.

El apartado 8 de la resolución en referencia señala lo siguiente: “Si bien la ley penal de la materia no configura nítidamente los perfiles de la investigación preliminar fiscal, pues la ley no fija plazos, procedimientos, ni limitaciones precisas, no cabe duda de que, en cuanto a la extensión de la actividad investigadora del Ministerio Público, esta debe cesar una vez que el juez penal asuma jurisdicción sobre los hechos”.

El Tribunal Constitucional, mediante esta afirmación, no hace más que convalidar un estado de cosas abiertamente incompatible con un proceso penal acusatorio e imparcial, donde el juez de la causa solo debe encargarse de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Los resquicios inquisitivos penden, entonces, sobre el máximo tribunal de la constitucionalidad. Claro está, que la figura del juez investigador no es inconstitucional, en tanto, ese mismo juez no sea quien decida la causa. De todos modos, esta afirmación conculca las facultades de investigación del fiscal, al cual deja sin piso en la etapa de instrucción, pues si la actividad investigadora del fiscal cesa indefectiblemente con la formalización de la denuncia, entonces, nos preguntamos ¿cuáles son, entonces, las facultades y deberes que tiene el fiscal en la etapa de instrucción? Es acaso un mero dictaminador, un convidado de piedra; si es así, bajo qué fundamentos puede formular la acusación que le exige la ley (artículo 225 del C de PP), si no investiga la causa. Si es así, recogería hechos y pruebas que no han sido promovidas por su persona sino por el juez.

Con todo, la afirmación del Tribunal Constitucional en este sentido es incompatible con la opción deseada, con respecto a la posición del fiscal en la investigación oficial del delito. En definitiva, el actual estado de las cosas demuestra que las fiscalías especializadas (v. gr. en terrorismo, corrupción de funcionarios, etc.) realizan una encomiable labor en el ámbito de la investigación criminal, función que no cesa con la formalización de la denuncia en la medida que su actuación en la etapa de instrucción es fundamental para que la persecución penal llegue a buen destino. Mientras la separación de funciones entre el órgano acusador y el órgano decisorio sea más tajante y significativa, tendremos un procedimiento penal más acorde a los principios de un Estado Constitucional de Derecho²⁹.

El siguiente caso es el signado con el Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, recurso de agravio constitucional interpuesto por Julio César Espinoza Goyena, abogado de Manuel Enrique Umbert Sandoval, contra la sentencia de la Segunda Sala Superior de Justicia de Lima. Fluye de los actuados que el recurrente interpuso demanda de hábeas corpus, a fin que de que se deje sin efecto la resolución emitida por el 36 Juzgado Penal de Lima, mediante la que se concede la apelación interpuesta contra el auto que declaró sobreseída la acción penal contra el favorecido por los delitos de estafa y el orden financiero.

Refiere que concluida la investigación en el citado proceso, la Fiscalía Provincial de Lima opinó que no habían sido probadas las imputaciones y que, en tal sentido, no había mérito para formular acusación; que el juzgador al discrepar de lo opinado por el fiscal, hizo uso –de forma supletoria– de los alcances normativos del artículo 220 inciso c) del C de PP, disponiendo elevar en consulta los actuados a la Primera Fiscalía Superior de Lima. No obstante, dicha Fiscalía Superior Penal aprobó el dictamen del Fiscal Provincial, el juez del 36 Juzgado Penal de Lima admitió a trámite la impugnación presentada por la parte civil, contra la resolución emitida por su despacho que declaraba “sobreseída la causa”.

Alega el recurrente que la concesión de la apelación contra el auto que declara el sobreseimiento, de acuerdo con la decisión del Ministerio Público de no emitir acusación, vulnera el principio acusatorio, según el cual las funciones de persecución y de juzgamiento se encuentran encomendadas a órganos distintos, siendo función exclusiva del Ministerio Público el incoar la acción penal.

29 Así, BOVINO, A. Ob. cit., pág. 41.



A efectos de dar nuestra posición, es preciso señalar dos puntos: i) El titular de la acción penal es el Ministerio Público, por lo tanto, la función de acusar es un poder que solo recae en el ámbito de sus funciones; y ii) El juez o Tribunal no puede hacer suya la imputación jurídico-penal, abriendo instrucción o dando lugar al juzgamiento, si previamente no ha existido requerimiento formal por parte del persecutor público.

Para esto, la legislación procesal penal vigente (artículo 220 del C de PP) regula una serie de posibilidades en caso el Fiscal Superior Penal opine que no hay mérito para pasar a juicio oral, estableciendo un control institucional por parte de las instancias jerárquicas superiores del Ministerio Público. De tal modo que concluido el incidente en dicho ámbito institucional, sea ordenando la ampliación de la instrucción o elevándolo directamente al Fiscal Supremo, al Tribunal no le queda más remedio que dictar un auto de sobreseimiento si es que el Ministerio Público no incoa la acusación que corresponda.

Es más, el juzgado que declaró fundada la demanda de hábeas corpus señaló que “disponer un plazo ampliatorio de la instrucción y la actuación de más medios probatorios cuando el Ministerio Público ya se pronunció en el sentido de que no hay mérito a formular acusación constituye un quebrantamiento del principio acusatorio”. En efecto, si el juzgador determina una mayor actuación investigadora por parte del fiscal, estaría interviniendo implícitamente en una tarea que solo le incumbe al persecutor público, por lo que se estarían confundiendo las funciones acusadoras y juzgadoras. Dicho en otras palabras, si sobre el órgano persecutor recae la titularidad de la acción penal y la carga de la prueba, solo él podrá disponer si deben realizarse otras diligencias que puedan colmar el objeto de la investigación; pues si el juzgador se entromete en esta área, estaría ocupando un lugar que no le corresponde en un sistema procesal penal netamente acusatorio en la fase previa al juzgamiento.

Por su parte, el juez demandado declara que los dictámenes emitidos por el Ministerio Público no causan estado ni cosa juzgada. En efecto, según el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política, solo las resoluciones consentidas y los autos de sobreseimiento tienen la calidad de cosa juzgada, pues el cese de la persecución penal del Estado es potestad que emana exclusivamente del poder jurisdiccional. Empero, no se deben confundir los alcances de la cosa juzgada con el principio acusatorio, pues determinan consecuencias jurídicas distintas. Según el principio acusatorio, no hay posibilidad de llevar a cabo el juicio sin acusación previa –*nullum iudicium sine accusatione*–. El juzgamiento, entonces, requiere necesariamente de una parte acusadora



que requiera formalmente su realización, de no ser así se estaría vulnerando el principio acusatorio.

El Tribunal Constitucional (Exps. N°s 1939-2004-HC y 3390-2005-HC) ha dejado sentado que el principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: i) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; ii) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; y iii) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

Precisamente, esta última facultad es la que entra en franca contradicción con la facultad que tiene la Sala para ordenar la ampliación de la instrucción. En este orden de ideas, se ha pronunciado Sánchez Velarde en la doctrina nacional, escribiendo lo siguiente: "Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad"³⁰.

Desde otra perspectiva, bien cabría la siguiente pregunta: ¿al negarse la facultad de la parte civil de impugnar el auto de sobreseimiento, no se estaría conculcando el derecho a la doble instancia y el principio de igualdad de armas? Siendo así, se ingresaría a una zona de conflicto entre el principio acusatorio y el derecho de defensa de la parte civil. Ahora bien, para dilucidar esta problemática debemos delimitar previamente la posición de la parte civil en el proceso penal. Sin duda, la actuación de la parte civil en el procedimiento esta destinada a la salvaguarda de sus legítimas pretensiones reparadoras, esto es, el proceso penal refunde acción penal y acción civil, por razones de economía procesal y para garantizar la seguridad jurídica en el sistema de justicia.

La tutela judicial efectiva importa amparar ambas pretensiones, que son ejercidas por actores distintos. La parte civil solo debe orientar su actuación procesal a acreditar el daño causado por el delito y así ver colmada su pretensión material. Claro está que aquello no le impide referirse en su defensa sobre la punibilidad de la conducta, pues la responsabilidad civil se

30 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., pág. 550.



encuentra condicionada a la responsabilidad penal. Empero, no podemos confundir la potestad persecutoria del Ministerio Público con las facultades procesales que el ordenamiento adjetivo le confieren a la parte civil. La facultad de denunciar y de acusar son potestades que recaen únicamente en el persecutor público, a excepción de algunos delitos perseguibles a instancia del ofendido³¹.

El artículo 98 del nuevo CPP establece que la acción reparatoria en el proceso penal solo puede 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. La pretensión civil sigue la suerte del principio dispositivo, mientras que la acción penal se sujeta al principio acusatorio. Abona esta tesis, la facultad que el nuevo Código confiere al actor civil (artículo 106), para desistirse de su personería procesal hasta antes de la acusación fiscal, a fin de poder presentar demanda indemnizatoria en la vía extrapenal. La disponibilidad de esta acción sigue correspondiendo al perjudicado, quien podrá renunciar a su derecho (en cuyo caso el fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables), o reservarse la acción para ejercitarla en un proceso civil posterior³². Por consiguiente, el impedimento que sufre el actor civil, con respecto a la impugnación de un auto de sobreseimiento –por los motivos antes anotados– no supone afectación alguna a la tutela jurisdiccional efectiva³³, pues, cesada la

31 En el nuevo CPP (artículo 1.2) se puntualiza que la acción penal en los delitos de persecución privada corresponde ejercerla directamente al ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela. Este precepto debe ser comprendido de conformidad con el artículo 107 *in fine* (querellante particular).

32 ROIG TORRES, Margarita. *La reparación del daño causado por el delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, págs. 133-134.

33 El nuevo CPP prescribe en su artículo 345.2 que los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, será fundamentada y podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes. El CPP chileno prescribe la figura del “forzamiento de la acusación” (artículo 258), el cual procede en los casos en que el querellante particular se opusiera a la solicitud de sobreseimiento o al abandono de la investigación resuelto por el fiscal, situaciones en la que el juez debe disponer que los antecedentes sean enviados al Fiscal Regional para que revise la decisión del inferior. Si el fiscal regional ratifica la decisión del fiscal del caso, entonces puede tener lugar esta figura, ya que el querellante podrá ser *autorizado por el juez de garantías para que deduzca la acusación y la sostenga en los términos que lo debería hacer el fiscal*. En palabras de Horvitz Lennon, el forzamiento de la acusación significa, por lo tanto, la total privatización de la acción penal pública, vide HORVITZ LENNON. Ob. cit., pág. 588.



persecución penal, este tendrá el camino expedito para interponer demanda indemnizatoria en la vía civil. Por lo demás, no cabe más que afirmar que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional consolida el principio acusatorio en nuestro Sistema Procesal Penal.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El nuevo CPP atribuye al Fiscal la dirección de la investigación criminal, la cual deberá ejercitarla con independencia, objetividad y neutralidad, a fin de garantizar su imparcialidad en el proceso penal.

La investigación preparatoria es la etapa que condiciona el éxito de la persecución penal, pues a partir de su realización el persecutor público deberá de acopiar las pruebas de cargo que sirvan para colmar el objeto de la misma, tomando como base la acreditación de la punibilidad de la conducta y la presunta responsabilidad penal del imputado. Para tales efectos, el nuevo ordenamiento jurídico-procesal atribuye al fiscal una serie de mecanismos y de herramientas, que se dirigen fundamentalmente a la obtención de pruebas. Actos de coerción que se materializan en restricción y limitación de derechos fundamentales, cuya concreción deberá realizarse en estricta observancia de la legalidad y del contenido material de los bienes jurídicos sustanciales. La adopción de cualquiera de estas medidas requiere necesariamente de una autorización judicial, en la medida que su validez está subordinada al principio de jurisdiccionalidad.

El principio acusatorio, entendido en toda su amplitud, supone separar de forma estricta y precisa las funciones del persecutor público y de los órganos jurisdiccionales. En el sistema procesal penal adoptado por el nuevo CPP, las tareas de perseguir y de investigar recaen de forma exclusiva en el fiscal, mientras que las labores de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponden al juez o Tribunal.

El hecho de que el nuevo modelo persecutorio se haya inclinado por una investigación criminal, dirigida en todo su desarrollo por el persecutor público no hace más que consolidar el principio acusatorio en la estructura intranormativa del nuevo CPP. Posición funcional que se adecua plenamente al texto iusfundamental y a una realidad social que revela una investigación judicial deficiente y antigarantista. Mediante esta nueva configuración procesal, el juzgador se erigirá como un juez de garantías. En este orden de ideas, consideramos que esta posición funcional del Ministerio Público le permite, sin reparos, sujetar su actuación al principio de objetividad y, de esta forma, impedir que prosperen investigaciones que no cuentan con los



elementos suficientes para adecuarse a las exigencias del principio de reserva procesal penal.

Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, en cuanto a la posición del Ministerio Público en el ámbito de la investigación criminal, manifiestan, por un lado, interpretaciones restrictivas y, por otro lado, consolidan el papel acusador del fiscal como titular de la acción penal.

En efecto, en primera línea, el Tribunal Constitucional ha considerado que la función investigadora del Ministerio Público cesa en la etapa de investigación preliminar, una vez formalizada la denuncia penal ante el Poder Judicial. Afirmación que limita indebidamente las funciones directrices en la investigación criminal, que la Ley Fundamental le confiere. Ahora bien, situación distinta se advierte en la función acusadora del fiscal, donde el Tribunal Constitucional ha establecido con propiedad que la posibilidad de pasar a juicio oral está condicionada al requerimiento formal del persecutor público, de conformidad con el principio acusatorio.

El estado de la cuestión revela que la posición del Ministerio Público en el ámbito de la persecución penal poco a poco se va asentando en los parámetros de la opción deseada; posición que deberá consolidarse con la entrada en vigencia del nuevo CPP.



TÍTULO II
LA DENUNCIA Y LOS ACTOS INICIALES DE LA INVESTIGACIÓN

CAPÍTULO I
LA DENUNCIA

Artículo 326. Facultad y obligación de denunciar

1. *Cualquier persona tiene la facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público.*
2. *No obstante, lo expuesto deberán formular denuncia:*
 - a) *Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.*
 - b) *Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible.*

Artículo 327. No obligados a denunciar

1. *Nadie está obligado a formular denuncia contra su cónyuge y parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
2. *Tampoco existe esta obligación cuando el conocimiento de los hechos está amparado por el secreto profesional.*

Artículo 328. Contenido y forma de la denuncia

1. *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.*
2. *La denuncia podrá formularse por cualquier medio. Si es escrita, él denunciante firmará y colocará su impresión digital. Si es verbal se sentará el acta respectiva.*
3. *En ambos casos, si el denunciante no puede firmar se limitará a colocar su impresión digital, dejándose constancia en el acta del impedimento.*

CAPÍTULO II
ACTOS INICIALES DE LA INVESTIGACIÓN

Artículo 329. Formas de iniciar la Investigación

1. *El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres*



de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes.

- 2. La inicia de oficio cuando llega a su conocimiento la comisión de un delito de persecución pública.*

Artículo 330. Diligencias Preliminares

- 1. El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la Investigación Preparatoria.*
- 2. Las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata 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.*
- 3. El Fiscal al tener conocimiento de un delito de ejercicio público de la acción penal, podrá constituirse inmediatamente en el lugar de los hechos con el personal y medios especializados necesarios y efectuar un examen con la finalidad de establecer la realidad de los hechos y, en su caso, impedir que el delito produzca consecuencia ulteriores y que se altere la escena del delito.*

Artículo 331. Actuación Policial

- 1. Tan pronto la Policía tenga noticia de la comisión de un delito, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público por la vía más rápida y también por escrito, indicando los elementos esenciales del hecho y demás elementos inicialmente recogidos, así como la actividad cumplida, sin perjuicio de dar cuenta de toda la documentación que pudiera existir.*
- 2. Aun después de comunicada la noticia del delito, la Policía continuará las investigaciones que haya iniciado y después de la intervención del Fiscal practicará las demás investigaciones que les sean delegadas con arreglo al artículo 68.*
- 3. Las citaciones que en el curso de las investigaciones realice la policía a las personas pueden efectuarse hasta por tres veces.*

Artículo 332. Informe policial

- 1. La policía en todos los casos en que intervenga elevará al fiscal un informe policial.*
- 2. El informe policial contendrá los antecedentes que motivaron su intervención, la relación de las diligencias efectuadas y el análisis de los hechos investigados, absteniéndose de calificarlos jurídicamente y de imputar responsabilidades.*

3. *El informe policial adjuntará las actas levantadas, las manifestaciones recibidas, las pericias realizadas, las recomendaciones sobre actos de investigación y todo aquello que considere indispensable para el esclarecimiento de la imputación, así como la comprobación del domicilio y los datos personales de los imputados.^(*)*

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

Artículo 333. Coordinación Interinstitucional de la Policía Nacional con el Ministerio Público

Sin perjuicio de la organización policial establecida por la Ley y de lo dispuesto en el artículo 69, 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, 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.

TÍTULO III

LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Artículo 334. Calificación

1. *Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notifica al denunciante, al agraviado y al denunciado.*
2. *El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. Quien se considere afectado por una excesiva duración de las diligencias preliminares, solicitará al fiscal le dé término y dicte la disposición que corresponda. Si el fiscal no acepta la solicitud del afectado o fija un plazo irrazonable, este último podrá acudir al juez de la investigación preparatoria en el plazo de cinco días instando su pronunciamiento. El juez resolverá previa audiencia, con la participación del fiscal y del solicitante.*



3. *En caso de que el hecho fuese delictuoso y la acción penal no hubiere prescrito, pero faltare la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la policía para tal fin.*
4. *Cuando aparezca que el denunciante ha omitido una condición de procedibilidad que de él depende, dispondrá la reserva provisional de la investigación, notificando al denunciante.*
5. *El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior.*
6. *El fiscal superior se pronunciará dentro del quinto día. Podrá ordenar se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda.^(*)*

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

Artículo 335. Prohibición de nueva denuncia

1. *La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos.*
2. *Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial.*

Artículo 336. 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.*
2. *La Disposición de formalización contendrá:*
 - a) *El nombre completo del imputado;*
 - b) *Los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas a 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.*
- 3. *El Fiscal, sin perjuicio de su notificación al imputado, dirige la comunicación prevista en el artículo 3 de este Código, adjuntando copia de la Disposición de formalización, al Juez de la Investigación Preparatoria.*
- 4. *El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.*

Artículo 337. Diligencias de la Investigación Preparatoria

- 1. *El Fiscal realizará las diligencias de investigación que considere pertinentes y útiles, dentro de los límites de la Ley.*
- 2. *Las diligencias preliminares forman parte de la Investigación Preparatoria. No podrán repetirse una vez formalizada la investigación. Procede su ampliación si dicha diligencia resultare indispensable, siempre que se advierta un grave defecto en su actuación o que ineludiblemente deba completarse como consecuencia de la incorporación de nuevos elementos de convicción.*
- 3. *El Fiscal puede:*
 - a) *Disponer la concurrencia del imputado, del agraviado y de las demás personas que se encuentren en posibilidad de informar sobre circunstancias útiles para los fines de la investigación. Estas personas y los peritos están obligados a comparecer ante la Fiscalía, y a manifestarse sobre los hechos objeto de investigación o emitir dictamen. Su inasistencia injustificada determinará su conducción compulsiva;*

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) *Exigir informaciones de cualquier particular o funcionario público, emplazándoles conforme a las circunstancias del caso.*
- 4. *Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes podrán solicitar al Fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El Fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.*
- 5. *Si el Fiscal rechazare la solicitud, instará al Juez de la Investigación Preparatoria a fin de obtener un pronunciamiento judicial acerca de la procedencia de la diligencia. El Juez resolverá inmediatamente con el mérito de los actuados que le proporcione la parte y, en su caso, el Fiscal.*

Artículo 338. Condiciones de las actuaciones de investigación

- 1. *El Fiscal podrá permitir la asistencia de los sujetos procesales en las diligencias que deba realizar, salvo las excepciones previstas por la*



Ley. Esta participación está condicionada a su utilidad para el esclarecimiento de los hechos, a que no ocasione perjuicio al éxito de la investigación o a que no impida una pronta y regular actuación.

2. *El Fiscal velará porque la concurrencia de las personas autorizadas no interfiera en el normal desarrollo del acto e impartirá instrucciones obligatorias a los asistentes para conducir adecuadamente la diligencia. Está facultado a excluirlos en cualquier momento si vulneran el orden y la disciplina.*
3. *El Fiscal, en el ejercicio de sus funciones de investigación, podrá solicitar la intervención de la Policía y, si es necesario, el uso de la fuerza pública, ordenando todo aquello que sea necesario para el seguro y ordenado cumplimiento de las actuaciones que desarrolla.*
4. *Cuando el Fiscal, salvo las excepciones previstas en la Ley, deba requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias, la actuación de prueba anticipada o la imposición de medidas coercitivas, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente.*

Artículo 339. Efectos de la formalización de la investigación

1. *La formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.*
2. *Asimismo, el Fiscal perderá la facultad de archivar la investigación sin intervención judicial.*

COMENTARIO:

**DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL ACTUAL A LA
INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL NUEVO MODELO**

FANY SOLEDAD QUISPE FARFÁN*

I. INTRODUCCIÓN

El caso de una muchacha huanuqueña de diecinueve años, conocida como “María Manteca” fue visto por el Tribunal de la Santa Inquisición en el año de 1693. La joven tuvo la idea de abandonar a su esposo, sosteniendo que la mujer debía cambiar de consorte cada dos años.

* Fiscal Provincial Coordinadora de la Fiscalía Supraprovincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Lima.



Con los rigores propios de la inquisición, María no tardó en abjurar –retractarse públicamente– que había cometido una herejía por lo que fue condenada al encierro por seis años¹.

La investigación que realizó el tribunal inquisitivo en este y en todos los casos, tenía por fin obtener la confesión. Esta forma de investigar, propia de los modelos inquisitivos, sufrió un cambio trascendental para su época, con el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, dando origen al modelo que conocemos como “inquisitivo reformado”, para los conservadores y, “acusatorio formal”, para los más optimistas, al separar las funciones de acusar y juzgar.

Los revolucionarios franceses quisieron dejar también aquí, en el proceso penal, su sello reformador, cuestionando el modelo inquisitivo e instaurando una nueva forma de investigar, la cual heredó nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940, la misma que es conocida hasta hoy como Instrucción judicial.

Esta etapa de instrucción o investigación es también conocida como “sumario”, “investigación preparatoria” o “diligencias previas”. Esta etapa debiera ser entendida como “una actividad eminentemente creativa, se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre”².

Lamentablemente, critica Binder, esta actividad se ha convertido en una rutina burocrática. Ello debido a la formalización de los sistemas procesales, en especial aquellos que han conservado el modelo inquisitivo en esta etapa. A pesar del desarrollo de las garantías y derechos en concordancia con el desarrollo del Estado constitucional, se conservan todavía algunos dogmas y costumbres, según veremos a continuación.

II. LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL Y SUS DOGMAS

Si bien la reforma francesa significó un cambio importante para la historia del proceso, la concepción inquisitiva³ que estuvo vigente durante tantos siglos fue –y es todavía– un peso difícil de remover.

-
- 1 PALMA, Ricardo. *Anales de la Santa Inquisición*. Fondo Editorial del Congreso de la República. Lima, 1997, págs. 115-116.
 - 2 BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-hoc, págs. 236 y 346, señala que durante esta etapa existen principalmente cuatro tipos de actividades: 1) De pura investigación; 2) Decisiones que influyen sobre la continuación del proceso; 3) Prueba anticipada; 4) Medidas de coerción que pueden afectar derechos constitucionales.
 - 3 Cfr. BINDER, Alberto. “La reforma de la justicia penal en la transición a democracia en América Latina”. En: *Anuario de Derecho Penal 94*. Lima. Asociación Peruana de Derecho Penal. 1995, pág. 85.



La idea que imperaba en los sistemas inquisitivos, antes de la reforma, era que la comisión de un delito no era una falta contra una persona, sino una desobediencia a la autoridad del Rey o la Iglesia. De ese modo, en la investigación del delito o instrucción, no interesaba si el agraviado quería o no seguir el proceso, la investigación “tenía” que concluir, de esa manera, fue recogido en nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940.

Así, el conflicto en el sistema inquisitivo se despersonalizó⁴, o mejor aún, se “estatizó”, ello en razón de que el Derecho Penal redefinió el conflicto que antes era entre autor y víctima y lo convirtió en un conflicto entre el autor y el Estado⁵.

La Revolución Francesa no supuso un cambio en esta estructura de razonamiento. El único cambio en todo caso, fue la sustitución del Rey o de la Iglesia por un nuevo soberano, la ley, depositaria de la soberanía popular, cuya trasgresión significaba esta vez, una traición a la “voluntad popular” y avalaba si bien no los mismos tratos, sí el mismo rigor en la investigación que sometía al sospechoso reduciéndolo a simple objeto de indagación. Ello explica, por un lado, que el imputado por un delito tuviera “el deber de declarar”, pero al mismo tiempo, que el proceso penal se construya a partir de la declaración instructiva.

Si bien se proscribió el juramento de decir de la verdad, el nuevo modelo inquisitivo reformado, deslizó suavemente otra forma de coerción moral: la llamada exhortación de decir la verdad.

En este modelo se conservó además el secreto y la escrituralidad, donde la etapa de investigación se encuentra a cargo del juez, quien unía las funciones instructorias y decisorias, con evidente vulneración a la imparcialidad de los jueces.

Otro de los dogmas que se encontraba detrás de la instrucción judicial era la excesiva importancia que se le daba a esta etapa frente al juicio oral, concepción que prima hasta el día de hoy y que llevó a Carlos Zavala Loayza, al analizar el Código de Procedimientos Penales de 1940, a afirmar que “el juicio oral es obra de la instrucción. Nada se crea fuera de esta, ni de sus límites se puede salir. Lo que no se recogió en el primer periodo, perdido quedará para la justicia”⁶.

4 Sobre esta expropiación del conflicto cfr. NILS, Cristhie, “Los conflictos como pertenencia”. En: *De los delitos y de las víctimas*. Ad-Hoc. Buenos Aires, pág. 169.

5 Cfr. BOVINO, Alberto. “La participación de la víctima en el proceso penal”. En: *Problemas de Derecho Procesal Penal contemporáneo*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1996, pág. 96.

6 ZAVALA LOAYZA, Carlos. *El proceso penal y sus problemas*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1947, pág. 39.



De esa manera, en este modelo procesal se invirtieron las cosas, pues la instrucción judicial de ser un conjunto de actuaciones encaminadas a preparar el juicio⁷, en la práctica, adquirió singular importancia e influencia y como correlato de ello, el expediente judicial se convirtió en “objeto de culto”⁸, más importante que la persona que se encontraba sometida a proceso.

Hoy en día, la importancia de la instrucción judicial en nuestro proceso, se evidencia de diversas maneras: a) el excesivo formalismo de los actuados judiciales, que lleva incluso a ampliar la etapa de investigación para integración, ampliación o corrección de autos, foliación, firmas, etc., olvidando que existe la etapa intermedia como saneamiento para ello; b) cuando se permite la lectura en juicio de determinadas piezas procesales que podrían ser actua- das en juicio o cuando se amplían las investigaciones para realizar diligencias que se podrían realizar en juicio; y c) en la sumarización de los procesos, esto es, cuando se obvia la realización del juicio.

III. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN JUDICIAL

Después de la Segunda Guerra Mundial, con el surgimiento de lo que conocemos como Estado constitucional –que volvió la mirada hacia la persona y a su dignidad–, el proceso penal tuvo que ser revaluado.

De esa manera, el procesado es visto como “sujeto” del proceso, como resume Albin Eser, hoy se intenta mirar al procesado, como “un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, en un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto no se le puede discutir hoy en día, pues la ‘dignidad humana’ garantizada en la Constitución (...) es intangible respecto del inculcado y porque esa dignidad prohíbe degradar a un individuo a un objeto involuntario”⁹.

Este reconocimiento trajo como consecuencia el establecimiento de límites a la investigación penal. Así, en el año de 1960, el Tribunal Superior Alemán, acuñó la siguiente famosa frase: “No es un principio de la ley procesal el que se tenga que investigar la verdad a cualquier precio”, en clara alusión a los nuevos aires garantistas.

7 Aunque el Código de Procedimientos Penales en su artículo 72 señala que la instrucción tiene por objeto reunir la prueba de la realización del delito, las circunstancias de su perpetración y el grado de participación de los autores.

8 Quizás a muchos nos les guste la expresión, pero con ello quiero llamar la atención al ritual y formalismo que reina en nuestros procesos penales gobernado por la escrituralidad.

9 ESER, Albin. *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*, pág. 21.



Hoy, incluso, se va más allá y ya no basta que se reconozca la calidad de sujeto del imputado, sino, como se señala Cafferata, que “lo mejor que se puede hacer por el imputado es tratar de evitar que lo imputen”, ello a fin de evitar la estigmatización que produce la imputación¹⁰.

Así, los principios que limitan la investigación son principalmente: la presunción de inocencia, el derecho a la autoincriminación y el derecho de defensa. Hablar de las particularidades de cada tema excede a esta exposición.

Basta por ahora decir que la presunción de inocencia, que obliga a tratar a la persona como “no autor”, generó un gran revuelo a la hora de investigar, pues se desplaza la carga de la prueba, es decir, el imputado no tiene ningún deber de demostrar que es inocente. A ello hay que agregar que este principio establece como la regla que debe seguirse el proceso en libertad y de esa manera limita las medidas restrictivas de derechos, que sean necesarias en esta etapa. Extraproceso involucra además una reserva de imputación y de los actos de investigación a fin de evitar su difusión ante terceros y ante los medios de comunicación.

En cuanto al derecho a la no incriminación, parte de la idea de la libertad de declarar y el reconocimiento de que el procesado es sujeto y no objeto de indagación, sin obligación de veracidad y sin consecuencias si es que incurre en falsedad a la hora de declarar, lo que obliga al investigador a recurrir a otros medios de prueba. Este derecho se encuentra necesariamente vinculado con el deber de informar que tiene tal derecho y con el derecho al silencio, lo que se complementa evidentemente con la presencia del abogado defensor.

En cuanto al derecho de defensa, además, se parte de la idea de que es necesario conocer la imputación para defenderse y contradecir, de esa manera, la persona sujeta a investigación tiene que conocer cuál es el motivo de la investigación en su contra; lejos queda aquella investigación reservada para el mismo imputado y tan bien reflejada en “El Proceso” de Kafka, cuya novela termina sin que nos enteremos cuál era el motivo del procesamiento.

Este desarrollo jurisprudencial y doctrinario, producto de esta “era de las garantías”, llevaron a evaluar el Código de Procedimientos Penales de 1940, y en especial, su instrucción judicial, cuyas normas quedaron desfasadas y debieron ser flexibilizadas en respeto a los derechos fundamentales. Me refiero principalmente a:

10 CAFFERATA NORES, José I. *La reforma procesal en América Latina*. En: http://www.dplf.org/CJR/span/us_cjr98/us_cjr98_cafferata.pd p.7.



- La detención basada en una lista de delitos, por la cual esta medida era la regla y no la excepción. Actualmente, rige la detención como una medida excepcional.
- La declaración del procesado como un deber. Hoy se reconoce la libertad de declarar.
- El silencio como indicio de culpabilidad. Actualmente se reconoce que el silencio del proceso no puede acarrear ninguna consecuencia si se derogó la norma que establecía ese efecto.
- La necesaria instrucción. Se han introducido criterios para la conclusión anticipada de la instrucción y criterios de oportunidad.

Si bien hasta la fecha aún permanece incólume la llamada “exhortación de la verdad”, esta resulta insostenible en reconocimiento a la libertad de declarar y la proscripción de cualquier coerción moral.

Juan-Luis Gómez Colomer¹¹ señala que existen dos grandes características esenciales de los procesos penales propios de los países democráticos:

- El sometimiento del sistema de enjuiciamiento criminal al principio acusatorio; y
- La incardinación en ese sistema de un juicio oral y público.

El primer punto, que interesa a la etapa de instrucción o de investigación, se encuentra referido, en principio, a las separaciones de acusar y juzgar, por lo que es claramente contraproducente al Estado constitucional, la unión de estas funciones. Con el modelo mixto, se exigió además la división de funciones de investigar y juzgar.

Con la introducción del llamado proceso sumario se encargó al juez las funciones de investigar y juzgar, en clara afectación al derecho a la imparcialidad de los jueces, si bien este no fue el espíritu que se encontraba en el Código de Procedimientos Penales de 1940 que consagraba el modelo mixto.

Sobre la necesidad de la separación de estas funciones de investigar y juzgar, actualmente no hay discrepancia; sin embargo, ello no es suficiente; el principio acusatorio también exigiría que las funciones requirentes estén encomendadas a una persona diferente de quien decide, ello en virtud de que tal principio exige paridad entre perseguidor e inculpado, lo que obliga a tener a un tercero imparcial para la toma de decisiones que afecten derechos

11 Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”. En: *Revista Centroamericana, Justicia Penal y Sociedad. Guatemala*. Junio-diciembre de 2002. N°s 16 y 17, pág. 219.

fundamentales, pues cuando se unen las funciones requirentes y decisorias a la hora de investigar, también se afecta la imparcialidad de quien decide, como es el caso de juez instructor.

Gastón Leroux en su famosa novela¹², sentenciaba: “Es un sistema muy peligroso... eso de partir de la idea que uno se hace del asesino para llegar a las pruebas que se necesitan”. Esto es precisamente lo que ocurre cuando el juez que decide las medidas de coerción y restricción de derechos, es quien investiga.

IV. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL MODELO DE TENDENCIA ACUSATORIA MODERNA

Ha sido una constante en el mundo occidental la renuencia a transferir el “poder de investigar” que tenían los jueces. El debate en los últimos años giró, entonces, en torno a quién debía investigar.

La aceptación de que en la investigación del delito nos encontramos ante un problema de eficiencia *versus* libertad¹³, en reconocimiento precisamente a este rol activo del procesado como sujeto del proceso y que genera una dialéctica entre el interés estatal en la persecución del delito y los derechos de las personas sujetos a indagación, una constante contradicción que requiere punto de equilibrio, el cual solo puede darse a través de la función jurisdiccional.

Estos nuevos roles vuelven más “fácil” la transferencia del poder de investigar, a un órgano persecutorio que es el Ministerio Público con la existencia de un juez de garantía que se encarga de controlar este poder cuando se trate de medidas que afecten derechos fundamentales.

Además, el modelo acusatorio garantista moderno, cuya investigación se encuentra a cargo del Ministerio Público, no se detiene solo a separar las funciones de acusar y juzgar, sino que tiene un conjunto de características que lo diferencian sustancialmente de la instrucción judicial del sistema mixto y pueden resumirse en:

1. El reconocimiento de que entre imputado y víctima hay un conflicto, y que en el proceso penal existen partes que se contraponen, lo que ha llevado a llamar a este sistema “adversarial” o de contienda.

12 Cfr. LEROUX Gastón. *El misterio del cuarto amarillo*. El autor nos presenta a dos investigadores del delito: Larsan y Rouletabille, quienes presentan dos modos e intereses en la forma de investigar.

13 Cfr. HASSAN CHOUKR, Fauzi. “Las garantías constitucionales y la investigación criminal. Nuevas tendencias y el modelo brasileño”. En: *Nueva Doctrina Penal*. 1998, págs. 765-767.



Al reconocerse la existencia de este conflicto, se introducen criterios de oportunidad y de discrecionalidad para concluir el proceso. En el sistema acusatorio moderno se reconoce además al fiscal como parte de la contienda, por ello, se habla de profesionalismo en la investigación más que de objetividad.

2. El “valor informativo” que se le da a esta etapa, es decir, su función no es otra que la de antesala para la realización de actuaciones necesarias encaminadas a preparar el juicio. Incluso, se prevé casos de juicios directos, cuando la investigación ya no es necesaria.

Se establece claramente que dada, la importancia de la oralidad y del juicio, el objetivo de la investigación es limitado y orientado a ella.

3. El rol del Ministerio Público como “director de la investigación”. Al encargarse de las funciones de investigar al fiscal, la naturaleza de esta etapa procesal sufre un cambio, pues el procedimiento de investigación ya no es jurisdiccional y requiere su propia reglamentación.
4. El fiscal controla “la conclusión” de la investigación (Alemania y Portugal), además es quien presenta y propone un caso para su juzgamiento, luego de haber practicado la investigación, eligiendo los actos de investigación que realiza y es quien controla su conclusión, sin necesidad de que el archivo sea judicial y no exista un control judicial para terminar la investigación. El ejercicio de la acción se produce al realizar una acusación y “no” al iniciar una investigación.
5. Existe “discrecionalidad”. En esta etapa de investigación del modelo acusatorio se otorga discrecionalidad al fiscal, durante su investigación. En este punto es preciso detenernos.

Hay que diferenciar que nuestro sistema procesal basado en el principio de legalidad, la introducción de esta discrecionalidad no se encuentra referida solo a la introducción de criterios de oportunidad, sino a las facultades discrecionales del fiscal para archivar provisionalmente o definitivamente una causa, esto es, cuando¹⁴:

- No hay un caso. De los hechos investigados no se puede sostener o se evidencia que el procesado no es el autor o cuando el hecho no es punible.

14 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 2003. Resume estas situaciones clasificando los motivos en procesales, del Derecho material, fácticos y principios de oportunidad.



- No es posible investigar y/o juzgar. Cuando se agotan las líneas de investigación y es insuficiente lo obtenido para presentarlo a juicio o los casos de prescripción.
- 6. El fiscal trabaja con un *dossier*. De esa manera se le diferencia del expediente judicial de los sistemas mixtos, un *dossier* es un archivo de trabajo que de ninguna manera puede ser presentado como un todo para iniciar el juicio. Los actos de investigación que realiza el fiscal en esta etapa y cuyos resultados forman este *dossier* de trabajo se “introducirán” en el juicio a través de la oralidad.
- 7. La “reserva”. El procedimiento es básicamente reservado. Existe una cautela de indagación y de no publicidad.
- 8. Existe el “juez de garantía” para limitación de derechos. En esta etapa cobra singular importancia el control judicial, con el llamado juez de garantía, que se encarga de todas aquellas situaciones que requieren la garantía de la jurisdiccionalidad, como las medidas de coerción personal y real y las medidas de limitación de derechos con fines de realización de actos de investigación, donde es el juez el llamado a aplicar los criterios de proporcionalidad.
- 9. La “oralidad”. A pesar de encontrarse en etapa de investigación, en este modelo se privilegia la oralidad para los pedidos ante el juez de garantía, los mismos que se hacen en audiencia a fin de facilitar el contradictorio.

V. LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal de 2004 optó por dar a esta fase de investigación el nombre de “investigación preparatoria” y de esta manera consagró desde su *nomen iuris* el objetivo de esta etapa. Aunque no siempre la investigación preparatoria está dirigida “a preparar” el juicio, sino más bien a decidir la acusación o no contra una persona.

1. Es preciso señalar que si bien en nuevo modelo del Código Procesal Penal intenta dotar a nuestro sistema de un instrumento acusatorio garantista adversarial, al que hacíamos referencia en el punto anterior, existen determinados presupuestos que lo diferencian de este.

En primer lugar, el rol que se le asigna al fiscal en este modelo. Por un lado se le exige objetividad, como defensor de la legalidad y, por otro, se le exige un papel de parte, lo cual lo coloca en una situación muy particular. Algunos prefieren hablar de profesionalismo que se le debe exigir

a este funcionario, otros señalan que se exige objetividad en la etapa de investigación, asumiendo un papel de parte a partir de la acusación. Esta pretendida objetividad se deduce de la obligación del fiscal de buscar tantas pruebas incriminatorias como de no responsabilidad, consagrado en el artículo IV.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, sin embargo, ello no queda del todo claro al momento de la acusación.

2. Pues, en segundo lugar, está el problema de inicio de la acción penal. Se establece que esta se inicia desde la “formalización de la investigación” en la audiencia, que no es otra que la audiencia de formulación de cargos; al parecer se ha tratado de equipar con el modelo actual, en el cual el ejercicio de la acción penal se inicia desde la denuncia ante el juez.

El ejercicio de la acción penal se ejerce con la “acusación” en el modelo acusatorio que establece, por ejemplo, la ley procesal alemana en su artículo 170¹⁵, esto implica varias consecuencias:

- a) La posibilidad de investigar una tipificación alternativa de delitos.
- b) La facultad de extinguir la investigación sin control judicial y que, al igual que la regulación alemana y portuguesa, la decisión de archivar la investigación sea impugnabile ante el superior jerárquico del fiscal.
- c) Darle verdadera importancia a la formulación de cargos para el juicio oral, dado que la acusación es el verdadero “ejercicio de la acción penal” y fundamenta la posición “de parte” del acusador.

El Código Procesal Penal de 2004 opta por señalar que el ejercicio de la acción penal se inicia desde la investigación, sin embargo, establece la posibilidad de una tipificación alternativa. Asimismo, ha elegido el control judicial –como en la legislación italiana– de la conclusión de la investigación, de los plazos e incluso de las diligencias, al establecer la posibilidad de que las partes puedan pedir al juez la realización de diligencias (artículo 337 inciso 5), convirtiéndolo de esta manera en un “suprainstructor”.

3. En tercer lugar, está el tema de la oralidad. Con los modelos acusatorios modernos se intenta dotar de mayor inmediatez y oralidad, dado que se reconoce al juicio oral como el momento en el cual se producen las pruebas, no antes, salvo excepciones como la llamada prueba anticipada.

15 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Barcelona, 1985, pág. 344.



La doctrina procesal claramente diferencia los actos de investigación de los actos de prueba. Los primeros son aquellos que se producen en la etapa de investigación y los segundos, en la etapa de juicio oral, con la excepción de la llamada prueba anticipada.

Sin embargo, estos momentos de su producción no son suficientes para diferenciarlas. Es menester señalar que los actos de investigación se dirigen a producir probabilidad y los actos de prueba se dirigen a producir certeza.

De esa manera, señala Gómez Colomer que “el acto de investigación se dirige a averiguar algo que se desconoce, a fin de que se pueda realizar una afirmación sobre hechos criminales o posibles responsables; el acto de prueba se dirige a convencer al juez de la verdad de una afirmación”¹⁶. Agrega además que existen diferencias por la forma de ejecutarlos, pues el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación así lo exige, que es el caso nuestro de la reserva de la investigación, mientras que los actos de prueba sin ninguna excepción son objeto de contradicción en el juicio oral.

Queda establecido así que no se puede fundamentar una sentencia condenatoria en actos de investigación, que es lo que sucede si es que estimamos de mayor importancia la etapa de investigación frente a la realización del juicio oral.

Es decir, que la oralidad debiera ser privilegiada, sin embargo, ello no sucede así, si es que permitimos que los actos de investigación tengan *per se* la posibilidad de introducirse en el juicio a través de su lectura. Eso es precisamente lo que pasa con nuestro Código Procesal Penal de 2004, que aún privilegia lo escritural y, por ende, al expediente.

Además de ello, se conserva también la escrituralidad para pedidos ante el juez (artículo 135), a pesar de que se ha previsto la realización de audiencias, en donde se debería privilegiar la oralidad e inmediatez de los pedidos. Por otro lado, se establece que el expediente fiscal es presentado a la audiencia de juicio oral, con lo que nuevamente se corre el riesgo de que la investigación y no el juicio sea la etapa más importante de un proceso.

16 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. *La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional*, pág. 232.



A pesar de estas anotaciones, debo terminar diciendo que el Código Procesal Penal de 2004, de "tendencia adversarial", significa un cambio importante para nuestra realidad procesal, pues el modelo garantista que propugna intenta buscar una administración de justicia más eficiente y a la vez más humana.

El cambio, ya lo han dicho muchos, no pasa de ser solo normativo, sino que el nuevo modelo exige un cambio de mentalidad, a fin de evitar que la reforma se limite a un mero traslado de roles de la investigación del Poder Judicial a la Fiscalía; el cambio debe suponer una mejor forma de administrar justicia, eficiente y garantista.

Aún nos falta mucho camino por recorrer, sin embargo, de la mano con esta nueva forma de investigar, de obtener "probabilidad", se encuentra necesariamente una mayor orientación hacia la investigación científica del delito, que nos traslade de una investigación dedicada solo a las declaraciones, propia del sistema inquisitivo que se dedica a inquirir, a una investigación científica, que brinde las herramientas para decidir si se formula o no acusación.



TÍTULO IV
LOS ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Artículo 340. Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

1. El Fiscal podrá autorizar la circulación o entrega vigilada de bienes delictivos. Esta medida deberá acordarse mediante una Disposición, en la que determine explícitamente, en cuanto sea posible, el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate. Para adoptarla se tendrá en cuenta su necesidad a los fines de investigación en relación con la importancia del delito y con las posibilidades de vigilancia. El Fiscal que dicte la autorización remitirá copia de la misma a la Fiscalía de la Nación, que abrirá un registro reservado de dichas autorizaciones.

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. Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos circulen por territorio nacional o salgan o entren en él sin interferencia de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos mismos fines. El recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso y, en el plano internacional, se adecuará a lo dispuesto en los Tratados Internacionales.

3. La interceptación y apertura de envíos postales sospechosos de contener bienes delictivos y, en su caso, la posterior sustitución de los bienes delictivos que hubiese en su interior se llevarán a cabo respetando lo dispuesto en el artículo 226 y siguientes. La diligencia y apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta que hayan culminado las Diligencias Preliminares; y, en su caso, se prolongará, previa autorización del Juez de la Investigación Preparatoria, hasta por quince días luego de formalizada la Investigación Preparatoria

4. Los bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquéllas; c) los bienes y ganancias a que se hace referencia en la Ley N° 27765; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los

que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal.^()*

() 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 bienes delictivos objeto de esta técnica especial son: a) las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como otras sustancias prohibidas; b) las materias primas o insumos destinados a la elaboración de aquellas; c) los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias a que se refiere el Decreto Legislativo 1106; d) los bienes relativos a los delitos aduaneros; e) los bienes, materiales, objetos y especies a los que se refieren los artículos 228, 230, 308, 309, 252 a 255, 257, 279 y 279-A del Código Penal".

COMENTARIO:

EL PROCEDIMIENTO DE ENTREGA VIGILADA

Orígenes y desarrollos

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA*

I. LOS PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Como se suele señalar en los tratados internacionales y en el Derecho interno de los Estados, **la entrega vigilada, el agente encubierto o la vigilancia electrónica** son procedimientos de investigación e inteligencia que se utilizan para prevenir, detectar y controlar las actividades ilegales que desarrolla la criminalidad organizada. Pertenecen, pues, al género de las **operaciones encubiertas o reservadas**.

Si bien estos **mecanismos de indagación e información** han sido aplicados históricamente de manera informal y frecuente por las agencias policiales, su legitimación formal recién comienza a promoverse a partir de la **Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas** del 20 de diciembre de 1988. Este instrumento internacional, también conocido como la **Convención de Viena**, desarrollaba en su artículo 11 los requisitos y controles que debían observarse para la aplicación del procedimiento de entrega vigilada. Al respecto se señalaba:

* Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



“Las decisiones de recurrir a la entrega vigilada se adoptarán caso por caso y podrán, cuando sea necesario, tener en cuenta los arreglos financieros y los relativos al ejercicio de su competencia por las partes interesadas”.

Dos años después, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, de diciembre de 2000, identificó a estos procedimientos como **técnicas especiales de investigación** en el numeral 1 del artículo 20. En dicho dispositivo, la **Convención de Palermo**, como también se le conoce a este instrumento internacional, precisaba la necesidad de que los Estados adopten tales procedimientos para enfrentar el crimen organizado: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su Derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”.

El citado acuerdo internacional reconoce varias modalidades de operaciones encubiertas entre las que destacan las siguientes:

- a) La entrega vigilada.
- b) El uso de agentes encubiertos.
- c) La vigilancia electrónica.

Sin embargo, la internacionalización eficiente de los procedimientos encubiertos no se agota solo en posibilidades de armonización legislativa como demandan los instrumentos internacionales de la materia, sino que ella requiere también de una adecuada coordinación para la intervención oportuna y eficaz de los equipos nacionales o multinacionales que se vinculen con sus acciones operativas. En ese sentido, pues, resulta indispensable la configuración de nuevos espacios de interacción más directos, dinámicos y discretos para la utilización de tales técnicas especiales de cooperación judicial internacional en materia penal.

Es positivo, entonces, que en coherencia con los convenios internacionales y los requerimientos señalados, en la actualidad, el Derecho interno de los Estados sea bastante receptivo a la regulación y aplicación adecuada de los procedimientos de entrega vigilada, agentes encubiertos o vigilancia electrónica. En coherencia con ello, hoy podemos constatar que la gran mayoría de Estados americanos y europeos han introducido, en su legislación, normas al respecto. Sin embargo, como suele ocurrir, la



técnica legislativa elegida no ha sido del todo uniforme. Es así que algunos países han incluido tales procedimientos de investigación en leyes especiales contra el tráfico ilícito de drogas, obviando su utilización para otros delitos. Ese ha sido el caso de la legislación argentina (cfr. la Ley 24.424 del 2 de enero de 1995, artículos 5 a 11) y, en un primer momento, de la legislación peruana (cfr. el Decreto Legislativo N° 824 del 23 de abril de 1996, artículos 28 a 30).

Otros Estados, en cambio, han preferido incorporarlos en los códigos procesales como **procedimientos especiales de investigación del crimen organizado**. Esta opción normativa, que otorga una mayor cobertura operativa, es la que ha asumido la legislación española desde 1999 (cfr. Ley Orgánica 5/1999 del 13 de enero de 1999, que modificó los artículos 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En el Perú, también se ha optado por esta tendencia al introducir tales técnicas de pesquisa en el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (cfr. los artículos 340 y 341).

Característica común de las operaciones encubiertas es su condición reservada y su actitud flexible frente a supuestos de evidente flagrancia delictiva. Esto último, sin embargo, es una necesidad y una justificada consecuencia de la finalidad informativa que persiguen estos procedimientos. En efecto, la utilidad del empleo de la entrega vigilada, de los agentes encubiertos o de la vigilancia electrónica radica **en proveer información sobre la ruta, procedencia y destino de las operaciones ilícitas de traslado o tránsito de especies prohibidas; así como de aquella que permitirá identificar la composición, estructura, recursos y actividades de las organizaciones criminales.**

De allí, pues, que para resumir los rasgos más esenciales que caracterizan en el presente a estos procedimientos encubiertos de investigación podríamos mencionar lo siguiente:

- a) Requieren para su aplicación de una autorización expresa, la cual se decide caso por caso.
- b) La autorización debe ser otorgada de modo formal y por la autoridad competente.
- c) Debe asegurarse la necesidad de la medida y la eficacia de su supervisión por la autoridad.
- d) Tienen como finalidad la identificación o el descubrimiento de los autores y partícipes de delitos de criminalidad organizada y prestar auxilio, con igual finalidad, a las autoridades extranjeras competentes.



Cabe anotar que los procedimientos especiales de pesquisa que hemos mencionado recibieron inicialmente agudas críticas sobre su carencia de ética procesal y legitimidad. En ese sentido, se les ha cuestionado por recurrir a la práctica de actos basados en el engaño, la deslealtad y la traición; así como por implicar la participación deliberada y activa en la provocación o ejecución de conductas delictivas.

Sin embargo, tales cuestionamientos han cedido ante la experiencia nefasta de las acciones terroristas, la capacidad de infiltración de la corrupción, y las nuevas estructuras flexibles del crimen organizado. De allí, pues, que en el presente las exigencias de eficacia que demandan la detección y sanción de la delincuencia organizada han hecho compatibles y tolerables a estos procedimientos, los cuales, sin embargo, deben ser regulados y supervisados judicialmente para evitar que colisionen con garantías fundamentales o se apliquen arbitrariamente.

Como sostiene Shaw: “Las organizaciones criminales no dudarán en expandirse si el rendimiento es alto y los riesgos son mínimos, y ningún país tiene inmunidad contra el alcance de ellas. Es por esto, que el ordenamiento jurídico de cada país debería, tomando siempre en cuenta la protección de los derechos individuales, actuar para autorizar el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica, así como otras medidas necesarias, con el fin de mantener un estado de eficiencia contra el crimen organizado”¹.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA

Se designa como **entrega vigilada** a la **técnica especial de investigación** que permite que una remesa de drogas, armas, insumos químicos o cualquier otra especie de procedencia o tráfico ilegal y que se envía ocultamente, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada por las autoridades competentes, a fin de individualizar a los remitentes, a los destinatarios, así como a los demás involucrados en dicha actividad ilícita.

El artículo 1 de la Convención de Viena, que trata sobre **definiciones**, aportó un primer concepto jurídico sobre esta medida, señalando que por “entrega vigilada se entiende la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sos-

1 Cfr. SHAW, James. “Derecho internacional sobre el uso de operaciones encubiertas y vigilancia electrónica en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada”. En: *Uso de agentes encubiertos y vigilancia electrónica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción*. Naciones Unidas. Oficina contra la droga y el delito-Opción. Lima, 2005, pág. 23.



pechosas de estupefacientes, sustancias sicotrópicas, sustancias que figuran en el Cuadro I o en el Cuadro II, anexos a la presente convención, o sustancias por las que se hayan sustituido las anteriormente mencionadas, salgan del territorio de uno o más países, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de identificar a las personas involucradas en la comisión de delitos tipificados de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 3 de la Convención”.

Luego el literal h del artículo 2 de la Convención de Palermo desarrolló una definición similar, pero más general y depurada. Dicha norma definía la entrega vigilada como “la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos”.

En la doctrina y en el Derecho interno de los Estados, las definiciones de entrega vigilada mantienen en lo esencial los contenidos y significados aportados por los convenios citados, introduciendo muy pocos elementos o características adicionales. Así, por ejemplo, Carlos Enrique Edwards introduce, en su concepto, **el control jurisdiccional como elemento legitimador del procedimiento**. Al respecto, el autor argentino sostiene: “La entrega vigilada puede ser definida como una técnica investigativa por la cual la autoridad judicial permite que un cargamento de estupefacientes, que se envía ocultamente a través de cualquier medio de transporte, pueda llegar a su lugar de destino sin ser interceptada, a fin de individualizar al remitente, destinatario y demás partícipes de esta maniobra delictiva”².

Sin embargo, en esquemas procesales que adoptan un patrón acusatorio o adversarial tal requisito conceptual resultaría incompatible con actividades de investigación preliminar como las que se ejecutan en la entrega vigilada. Es, por ello, que en el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal colombiano de 2004 la realización del procedimiento está en el ámbito de competencia de los fiscales. En esta disposición se da también una definición en los siguientes términos: “Se entiende como entrega vigilada el dejar que la mercancía se transporte en el territorio nacional o salga de él, bajo la vigilancia de una red de agentes de policía judicial especialmente entrenados y adiestrados”.

2 Cfr. EDWARDS, Carlos Enrique. *El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada*. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996, pág. 107.



III. DENOMINACIONES

El procedimiento de **entrega vigilada** ha recibido otras denominaciones en el Derecho extranjero. Es así que algunos sistemas jurídicos aluden a él como **remesa controlada, entrega controlada o circulación y entrega vigiladas**. Sin embargo, estas expresiones no siempre constituyen sinónimos, ya que en la operativa policial como en la legislación interna de los Estados se suele designar con ellas a procedimientos distintos o derivados de la entrega vigilada original de la Convención de Viena.

El caso más notorio de esta pluralidad y confusión terminológica se detecta en el Perú. En efecto, en la legislación nacional, se han usado las tres denominaciones aludidas como equivalentes semánticas, por ejemplo, el artículo 29, literal a, del Decreto Legislativo N° 824 (del 24/04/1996) se refiere al procedimiento como **“remesa controlada”**.

Por su parte en el Código Procesal de 2004, en su artículo 341, se utiliza la expresión **“circulación y entrega vigilada”**. Esta denominación es la utilizada en la legislación española al parecer fuente directa del texto peruano.

Cabe anotar que ambos dispositivos difieren en su descripción ejecutiva del procedimiento y sus etapas operativas. En el caso de la primera, se exige la participación de un agente encubierto que custodia y controla el transporte de drogas: **“Procedimiento especial, debidamente planificado por la autoridad policial y autorizado con la reserva del caso por el Ministerio Público, mediante el cual, en forma encubierta se efectúa la custodia y control de un transporte de drogas verificado o presunto(...)”**. En la segunda, en cambio, solo se recurre a la vigilancia por las autoridades de la circulación o salida de las remesas ilícitas.

Finalmente, la nueva legislación procesal peruana en el artículo 550 retorna a la denominación original de los tratados internacionales de **“entrega vigilada”**. Sin embargo, el artículo 553 permite inferir la identidad de ambas nomenclaturas. Según dicha disposición: **“La Fiscalía que investiga un delito previsto en el artículo 340, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar se solicite a la autoridad competente la utilización de la entrega vigilada”**.

Como se adelantó, en la legislación española, se denomina a la medida que comentamos **circulación o entrega vigilada**. El numeral 2 del artículo 263, bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a este procedimiento en los siguientes términos:

“Se entenderá por circulación o entrega vigilada la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas de drogas tóxicas, sustancias sicotrópicas u otras sustancias prohibidas, los



equipos materiales y sustancias a que se refiere el apartado anterior, las sustancias por las que se haya sustituido las anteriormente mencionadas, así como los bienes y ganancias procedentes de las actividades delictivas tipificadas en los artículos 301 a 304 y 368 a 373 del Código Penal, circulen por territorio español o salgan o entren en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a dichas drogas, sustancias, equipos, materiales, bienes y ganancias, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras en esos fines”.

Para los comentaristas policiales de esta disposición, la asimilación de este procedimiento con el de remesa controlada, al que denominan también **entrega vigilada positiva**, no resulta compatible, pues la legislación ibérica solo alude a los casos donde la especie o sustancia es remitida por una persona ajena a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que deben limitarse a permitir y vigilar su circulación³.

Ahora bien, en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación comparada se han marcado diferencias conceptuales y operativas entre la entrega vigilada y la remesa controlada que debemos precisar.

En ese sentido, por ejemplo, los expertos establecen la distinción, sosteniendo: “En la **entrega vigilada**, la mercancía ilegal es objeto de una vigilancia pasiva por parte de las agencias policiales. En cambio, en la **entrega o remesa controlada**, se recurre a agentes infiltrados que participan directamente en la operación de tránsito”⁴.

Esta posición de la bibliografía especializada fue también asumida por la jurisprudencia chilena. En ese sentido, en un primer momento, los tribunales de fallo chilenos objetaron la calidad de entrega vigilada en aquellos procedimientos donde la sustancia ilícita no había sido trasladada por el imputado sino por una agente policial:

“Que, no obstante, este tribunal concuerda con la posición de la defensa en cuanto a que en la especie no se ha dado la figura de la entrega vigilada contemplada en el artículo 29 de la Ley N° 19366, toda vez que el ingreso de la droga al país no se hizo por los acusados, sino por la Policía de Investigaciones, al igual que su traslado dentro del país, en circunstancias que conforme al tenor de dicha

3 Cfr. SERRANOS SERRANOS, Joaquín. “La entrega vigilada de droga”. En: *Revista Electrónica de la Guardia Civil de España* (<http://www.guardiacivil.org/revista/result.jsp>).

4 Cfr. EDWARDS, Carlos Enrique. Ob. cit., pág. 109.



disposición tales actuaciones deben ser realizadas por el imputado. En efecto, al señalar tal disposición que tales actos deben ser realizados bajo la vigilancia de la autoridad correspondiente, ello obsta a que sea esta quien realice los actos propios de la entrega vigilada”⁵.

Sin embargo, la instancia de apelación cuestionó dicho planteamiento inicial y sostuvo la legitimidad de la intervención activa en el operativo de un agente encubierto:

“La entrega vigilada entendida a la luz del artículo 29 de la Ley N° 19.366, no constituye otra cosa que una diligencia de investigación que tiene por objeto lo ya indicado y dado que el legislador no regula la forma material, ni la persona que debe ejecutarla físicamente, ya sea el delincuente o el agente encubierto, es dable concluir, al tenor de la norma referida, que es atribución exclusiva del Ministerio Público adoptar todas las medidas necesarias para vigilar las especies objeto del delito, coordinar y ordenar quién y cómo debe hacerse esta entrega para lograr el éxito de la investigación, resguardando la seguridad de los partícipes y con criterio de objetividad. Que por lo razonado, el hecho que la droga haya sido transportada por la autoridad pública y no por el sentenciado, no le resta eficacia a la diligencia, en atención a que así se evita el rompimiento de la cadena de custodia y que se está actuando en cumplimiento de las órdenes de la autoridad”⁶.

Como sostiene Almazán Sepúlveda, la controversia jurisprudencial fue superada por la inclusión expresa de la entrega controlada mediante la modificación ocurrida con la Ley N° 20.000 del 16 de febrero de 2005⁷.

La distinción planteada adquiere particular relevancia para aquellas legislaciones nacionales que, como la de Venezuela, establecen que solo está permitida la entrega vigilada, pero no la entrega controlada (cfr. el artículo 74 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

-
- 5 Sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica del 01/10/2003, recaída en la causa RUC. N° 0300013601-7, seguida contra Roberto Segundo Aranda Morales.
 - 6 Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica del 12 de enero de 2004 que rechaza el recurso de nulidad en la causa RUC. N° 0300013601-7 seguida contra Roberto Segundo Aranda Morales.
 - 7 Cfr. ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco. “Entrega vigilada o controlada: herramienta eficaz para desarticular el crimen organizado”. Ponencia al Taller Internacional Entregas (Remesas) Vigiladas: Herramienta Eficaz contra el Crimen Organizado. Naciones Unidas. Oficina Contra la Droga y el Delito. Lima, agosto de 2005, págs. 2 y sgtes.

Las diferencias, pues, en la configuración legal de la técnica de investigación que analizamos, podrían afectar la realización de actividades combinadas entre Estados que asuman solo una de las dos variantes aludidas. Opinamos que de presentarse tal situación, la cooperación internacional debe prevalecer sobre la base de los tratados internacionales suscritos por ambos países en un contexto multilateral, como el generado por los Convenios de Viena o de Palermo. Es de recordar que estos instrumentos ofrecen fórmulas de entrega vigilada bastante flexibles y que pueden compatibilizar con las regulaciones internas de una u otra modalidad.

IV. CLASES

A diferencia de los procedimientos tradicionales de cooperación judicial internacional en materia penal que desarrollan sus clasificaciones **en función del rol activo o pasivo** que le toca cumplir a los Estados involucrados en un requerimiento de colaboración, la naturaleza reservada de las operaciones encubiertas y de la entrega vigilada determinan que se adopten otros criterios de clasificación. Efectivamente, para ello, los especialistas toman en cuenta indicadores operativos, como la modalidad de la circulación de las especies vigiladas, y también de carácter estratégico, como el origen de la información y de la decisión de aplicar el procedimiento especial de la entrega vigilada. A partir, pues, de estos criterios, encontramos **tres clases de entregas vigiladas** y que son las siguientes:

1. Entrega vigilada con sustitución o limpia.
2. Entrega vigilada interna o de destino.
3. Entrega vigilada externa o de origen y tránsito.

Veamos a continuación en qué consiste cada una de estas clases de entrega vigilada.

1. La entrega vigilada con sustitución o limpia

En la legislación chilena, constituye una modalidad de entrega controlada a la que se le **denomina entrega sustitutiva**⁸.

Es aquella donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares, pero inocuos y lícitos. Como señala Holgeasesor, en estos casos: "El contenedor con contenido de sustitución se entrega al destinatario normalmente y se siguen en consecuencia los procedimientos legales".

8 ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco. Ob. cit., pág. 5.



Sostiene dicho autor que la mejor oportunidad para aplicar esta clase de entrega vigilada se da cuando el envío de las especies vigiladas se hace a través del servicio postal o de fletes. En el operativo, “el objetivo ha de ser retirar las drogas y sustituirlas por una sustancia inofensiva, pero devolviendo al envío su apariencia original exacta”⁹.

2. La entrega vigilada interna o de destino

Tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de estas. En tal situación, el requerimiento para activar el procedimiento de la entrega vigilada se plantea a los Estados de origen o de tránsito de la remisión—por aquel con el “fin de asegurar un paso sin problemas del envío o de los correos en su caso”¹⁰.

3. La entrega vigilada externa o de origen y tránsito

Se produce en los casos en que la información sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino. Corresponderá a tal Estado de origen o de tránsito la decisión y coordinación de la operación de entrega vigilada con los demás Estados que resulten involucrados con la circulación y destino de las especies controladas. En ese contexto, se debe llegar “a un acuerdo entre los países participantes a fin de permitir la entrega del envío, y en su caso, el paso de los correos entre el país de origen, el país de destino y el país de tránsito”¹¹.

Algunos autores toman en cuenta otros indicadores como la naturaleza nacional o internacional de la circulación o entrega de las especies ilícitas. Partiendo de ese criterio morfológico, Almazán Sepúlveda menciona la existencia de cuatro tipos de entrega vigilada: **de tránsito internacional controlado; exportación controlada; importación controlada y tránsito nacional controlado**¹².

9 Cfr. HOLGEASESOR, Kristian. “La fiscalización internacional de drogas y la técnica de la entrega vigilada”. VII Simposio Internacional de Criminalística. Policía Nacional de Colombia versión electrónica en: www.policia.gob.co. Separata, págs. 2 y sgtes.

10 Cfr. *Ibidem*. pág. 2.

11 *Ídem*. pág. 2.

12 ALMAZÁN SEPÚLVEDA, Francisco. *Ob. cit.*, pág. 4.



V. REQUISITOS

Los tratados internacionales no han hecho mayores especificaciones acerca de los presupuestos y requisitos que deben cumplirse para la habilitación de un procedimiento especial de entrega vigilada, por lo que han dejado a los Estados la facultad de legislar internamente sobre estos aspectos. En ese sentido, una revisión general de los textos normativos de la materia en los países que han legislado sobre entregas vigiladas, permite reconocer que las exigencias legales para la procedencia de dicha técnica especial de investigación toman en cuenta factores de legitimidad, oportunidad, seguridad y eficacia. Sintetizando los requisitos generalmente exigidos, podemos mencionar los siguientes:

- **Detección, investigación o información confiable sobre el envío o circulación en tránsito de sustancias o bienes ilícitos.**
- **Solicitud detallada y razonada sobre la necesidad y posibilidad potencial de la medida.** Generalmente en el Derecho extranjero se designa como ente solicitante a la agencia policial. Sin embargo, en algunos países como Bolivia solamente el **Ministerio Público**, como órgano encargado de la investigación del delito y titular de la acción penal, posee la facultad de requerir la autorización judicial para aplicar un procedimiento de entrega vigilada (cfr. el artículo 283 del Código de Procedimiento Penal).
- Finalidad de inteligencia relativa a la identificación de autores o partícipes del delito y decomiso final de las especies vigiladas.
- Autorización formal de la autoridad competente en atención a la urgencia y utilidad del procedimiento en función de las características particulares del caso. La legislación interna de los Estados delega la facultad de autorizar la entrega vigilada a la Autoridad Judicial o a la Autoridad Fiscal según se encargue a una u otra la investigación procesal de los delitos (cfr. el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal colombiano).

Sin embargo, algunas legislaciones como la española permiten también que la autorización sea concedida por los jefes de Unidades de la Policía Judicial (cfr. el artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ahora bien, en algunos sistemas jurídicos se establece un plazo límite de autorización del procedimiento, el cual está en función del logro de los objetivos de la operación. En la legislación peruana, derivada del Decreto Legislativo N° 824, se precisaba que correspondía al fiscal **hacer cesar el procedimiento cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos.**

Cabe anotar que solamente en el Derecho venezolano constituye delito específico, reprimido con pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor de 6 años, realizar una entrega vigilada sin contar con la autori-



zación previa de la autoridad competente (cfr. el 74 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas).

- Planeamiento táctico de la operación y designación de los agentes de vigilancia.
- Coordinaciones con autoridades extranjeras del país de origen, tránsito o destino de las especies vigilada.

VI. OPORTUNIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO DE LA SOLICITUD

Tanto para los tratados internacionales como para el Derecho interno de los países, la entrega vigilada debe tener lugar en la etapa de la **investigación preliminar**. Por lo general, este procedimiento se aplica durante la etapa prejurisdiccional y con anterioridad a la formulación de la denuncia fiscal.

No obstante, en el caso del Perú, el Decreto Legislativo N° 824 posibilitaba también que el procedimiento especial de la **remesa controlada** se realizara incluso luego de iniciado el proceso penal. Pero esta posibilidad solo subsistía en la etapa de la instrucción o sumario, ya que por su carácter reservado y no contradictorio la entrega vigilada o la remesa controlada solo podía constituir **actos de investigación**. Es más, el propio Decreto Legislativo N° 824 expresamente regulaba que el representante del Ministerio Público debía autorizar la entrega vigilada “con el propósito de permitir la obtención de pruebas necesarias para posibilitar la acusación penal”. De esta manera, pues, la Ley peruana acertadamente excluía toda opción de remesa controlada durante la etapa del juzgamiento.

Ahora bien, ¿qué es lo que debe contener una solicitud de **entrega vigilada internacional**? Al respecto, resulta pertinente citar las recomendaciones que sobre el particular contiene el **Manual de la Unión Europea sobre Entregas Vigiladas**. Este documento, elaborado por la Europol y aprobado por todos los Estados Miembros de la Unión, señala que la **unidad solicitante** debe proporcionar a las autoridades competentes del país de destino o tránsito información adecuada y suficiente sobre los siguientes aspectos:

1. Razón de la operación.
2. Información factual que justifique la operación.
3. Tipo y cantidad de drogas u otras mercancías.
4. Puntos de entrada y de salida de las especies previstos en el Estado al que se dirige la solicitud, cuando ello sea posible.
5. Medios de transporte e itinerarios previstos.



6. Identidad de los sospechosos (nombre, fecha de nacimiento, domicilio, nacionalidad, descripción física).
7. Autoridad responsable de la operación.
8. Indicaciones sobre el jefe de investigación encargado de la operación y los medios de contacto.
9. Detalles sobre los agentes de policía, de aduanas o de otros servicios encargados de la ejecución de las leyes que apoyan la operación.
10. Detalles sobre técnicas especiales propuestas (agentes encubiertos, dispositivos de seguimiento, etc.).

Según los expertos, el mayor detalle sobre la operación y sus componentes esenciales es un factor relevante para el control adecuado de las remesas en tránsito, lo que, además, permite organizar medidas de urgencia en caso de producirse contingencias negativas que pudieran afectar los fines del procedimiento: "En cuanto a las entregas vigiladas internacionales, se requiere que todos los Estados afectados por el tránsito de la mercancía sometida a vigilancia den su autorización y, en caso de riesgo de perder la sustancia, se proceda a su intervención y detención de los implicados. La praxis policial precisa de una información exhaustiva de los medios de transporte, rutas, pasos fronterizos, narcotraficantes y demás datos, para poder asegurar un mínimo de certeza en el buen fin de la operación"¹³.

VII. ALGUNOS PROBLEMAS OPERATIVOS DE LA ENTREGA VIGILADA

Luego de más de quince años de aplicación formal de la entrega vigilada, la experiencia práctica obtenida en el uso de este procedimiento especial ha permitido detectar problemas operativos que afectan la eficacia y oportunidad de su ejecución.

Algunas de estas deficiencias encuentran su origen en la falta de normas suficientemente flexibles para compatibilizar el carácter reservado del procedimiento con los intereses y la seguridad jurídica de terceros ajenos a la operación pero que son afectados o deben cooperar con su realización.

El caso más representativo de tales dificultades es el que corresponde a la negativa de colaboración con las agencias policiales o fiscales que expresan las compañías aéreas y su tripulación cuando son requeridas para el desplazamiento físico de las especies sujetas a una entrega vigilada, sobre todo

13 Circulación o Entrega Vigilada. Tomado de <http://www.cartujo.org.curso/PJ/18.htm>, pág. 2.



cuando se trata de drogas. Efectivamente, no han sido pocas las ocasiones en que el operativo se ha visto frustrado por el rechazo de las aerolíneas o de sus pilotos al transportar en sus bodegas y aviones las remesas delictivas. Al respecto, estos últimos suelen justificar su actitud en la falta de formalidad del pedido y en la ausencia de cobertura legal que aísle a pilotos o aeronaves de posibles responsabilidades posteriores.

Sobre el particular es importante lo sostenido por González Romano: “Es un hecho cierto y constatado la disposición de todos los pilotos a colaborar con los funcionarios policiales. Pero ello no puede, ni debe suponer que nuestra actuación sea ni distinta, ni arbitraria y menos, desinformada o, sencillamente, pueda colocarnos en situación de inseguridad. En estas circunstancias, consideramos preciso que nuestras instituciones colegiales y sindicales, junto con nuestras compañías, trasladen esta carencia a las autoridades competentes, solicitando el necesario desarrollo del actual marco jurídico que dote de adecuada cobertura a nuestra actuación (...). En otro caso, a falta de la pedida regulación, consideramos **que de no hacerse cargo el funcionario de la droga y volar con su correspondiente billete, no estamos obligados a aceptar dicha mercancía, siendo más recomendable –a nuestro modesto entender–, para evitar problemas, denegar su aceptación**”¹⁴.

En otros supuestos, la falta de coordinación o la desconfianza entre agencias concurrentes en el procedimiento ha afectado también el logro de los objetivos del operativo. Ha sido igualmente frecuente que la falta de inteligencia entre la policía y los funcionarios de aduana haya generado que los segundos hagan una interceptación temprana de los envíos ilícitos haciendo abortar su tránsito vigilado. En otros casos las demoras en la expedición de las resoluciones de autorización o de la provisión del financiamiento requerido han perjudicado la oportunidad y utilidad del procedimiento.

Sobre estas dificultades, señala Monge Prado: “Los problemas que se encuentran los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en la prestación de los servicios correspondientes a las entregas controladas de estupefacientes se pueden resumir, de forma genérica, en los siguientes:

- Falta de agilidad en el intercambio de información entre cuerpos policiales destinados a luchar contra estas actividades ilícitas.

14 Cfr. GONZÁLES ROMANO, José Fernando. “Entrega controlada de droga: sí, pero con cobertura legal”. En: *Boletín COPAC*. Enero-febrero 2004, pág. 45.



- Falta de agilidad en los procedimientos judiciales de cada país para la aceptación de las anteriormente mencionadas entregas controladas de estupefacientes¹⁵.

Ahora bien, las deficiencias anotadas son en gran medida superables mediante reformas legales puntuales que regulen causales específicas de atipicidad (actuar por disposición de la autoridad) o que reduzcan los pasos formales para la autorización de las solicitudes. En el plano organizacional, no cabe duda que la exigencia de enlaces idóneos de coordinación debe ser la prioridad a la vez que deben unificarse los formatos de solicitud de entregas vigiladas internacionales. Por otro lado, la capacitación de los terceros que resulten involucrados en la ejecución del procedimiento (aerolíneas, empresas de transporte, servicio postal) debe ser también una praxis útil para un mejor entendimiento del operativo y de su legitimidad. Según el autor, antes citado, la optimización de la ejecución de procedimientos de entrega vigilada puede generarse en función a las siguientes acciones:

- Una mayor implicación de los poderes públicos (órganos judiciales).
- Potenciar los grupos de información, análisis e investigación en los principales aeropuertos.
- Incrementar el intercambio de información entre los Cuerpos Policiales.
- Armonización y homologación de los criterios jurídicos.
- Aumentar la cooperación con las líneas aéreas y de mensajería.
- Agilizar y unificar los criterios de las solicitudes¹⁶.

VIII. LA ENTREGA VIGILADA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

A diferencia de lo regulado en el Decreto Legislativo N° 824 y en su Reglamento, el legislador en el Código Procesal de 2004 no contempla el caso de la **remesa controlada**. De esta manera, se ciñe a las especificaciones y nomenclatura de los convenios internacionales como el de Viena (1988) y el de Palermo (2000).

Como se ha mencionado anteriormente, el nuevo Código Procesal Penal peruano de 2004 regula la entrega vigilada en dos ocasiones y con dos denominaciones diferentes.

15 Cfr. MONGE PRADO, José Bernardo. "Las entregas controladas en la lucha contra el crimen organizado". En: *Separata del Taller Internacional: Entregas (Remesas) Vigiladas. Herramienta Eficaz en la Lucha contra el Crimen Organizado*. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Lima, agosto de 2005, pág. 4.

16 *Ibidem*. pág. 5.



En primer lugar, se ocupa de ella en el **Título IV del Libro Tercero** al tratar de los **“Actos Especiales de Investigación”**. En estas normas, que corresponden al articulado sobre el Proceso Común, se identifica al procedimiento que venimos analizando como de **circulación y entrega vigilada de bienes delictivos**. La influencia en la regulación nacional del artículo 263 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española es muy notoria.

El **artículo 340** que alude a la entrega vigilada, regula la facultad del fiscal provincial para autorizar a través de una **disposición** detallada la circulación o entrega vigilada de bienes de naturaleza u origen delictivos. Al respecto, dicha norma precisa que el fiscal del caso debe hacer mención explícita sobre “el objeto de autorización o entrega vigilada, así como las características del bien delictivo de que se trate”.

El legislador exige que “el recurso a la entrega vigilada se hará caso por caso”. En tal sentido, el procedimiento será evaluado y decidido luego de una adecuada ponderación de su utilidad para los fines de la investigación, así como del nivel de relevancia e importancia cualitativa o cuantitativa del delito investigado. La norma nacional dispone igualmente que se examinen las posibilidades materiales de la vigilancia para evitar la pérdida de las especies ilícitas o cualquier otra contingencia negativa para el éxito del operativo.

En un plano administrativo y para un adecuado control de estos procedimientos, el artículo que comentamos establece que una copia de la disposición fiscal que autoriza la aplicación de la circulación y entrega de bienes delictivos se deberá enviar a la Fiscalía de la Nación, la cual será consignada en un registro especial y de acceso reservado.

Siguiendo su fuente española, la disposición peruana permite también la **intercepción y apertura de los envíos postales** que resulten sospechosos. Asimismo, **autoriza la sustitución de sus contenidos delictivos** por especies inocuas para su posterior entrega vigilada. Para ambos casos se exige la observancia de las normas especiales sobre interceptación e incautación postal (cfr. los artículos 226 a 229). Al respecto, es importante tener en cuenta los desarrollos producidos en la jurisprudencia española, por ejemplo, la posible exclusión de los procedimientos especiales de apertura para el caso de paquetes postales con contenido declarado y sujetos a control aduanero.

En estos casos, según señala Granados Pérez, el Tribunal Supremo español ha sostenido que: “Del concepto de correspondencia postal deben ser excluidos los paquetes cursados bajo la modalidad de **etiqueta verde** en cuya envoltura exterior se hace constar su contenido, pues ello implica, por parte del remitente, la aceptación de la posibilidad de que sea abierto el paque-



te para el control de lo que efectivamente el mismo contiene. Como esta fue precisamente la forma elegida en el caso que da origen a este recurso, en el que el producto estupefaciente intervenido llegó a territorio nacional, descrito como cargador de luz para fotografía, en un paquete postal en que figuraba la **etiqueta verde de Declaración de Aduana C2/CP3**, es claro que se trataba de un paquete cuya remitente había renunciado al derecho que pudiera tener el secreto de su contenido. No se vulneró, en consecuencia, el derecho al secreto de las comunicaciones al abrirse el paquete de referencia sin previa autorización judicial, lo que conlleva la validez de dicha diligencia y, en principio, la de todas las que de ella traen causa”¹⁷.

El Código en el artículo 340 en su inciso 4 también incorpora un listado cerrado de las especies que son susceptibles de circulación y entrega vigilada, señalando a las siguientes:

- a) Drogas.
- b) Materia prima o insumos para la elaboración de drogas.
- c) Activos derivados de operaciones de lavado.
- d) Mercancías objeto de delitos aduaneros.
- e) Armas y municiones.
- f) Bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.
- g) Especies de flora y fauna protegidas.
- h) Moneda falsa e insumos para fabricarla.

Ahora bien, la nueva legislación procesal vuelve a referirse a la **entrega vigilada**, usando tal denominación, en la **Sección VI del Libro Séptimo**. Estas disposiciones aluden a la **entrega vigilada internacional**, es decir, a aquella que se aplicará en cooperación activa o pasiva con autoridades extranjeras. Como ocurre con otros procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal, el marco regulador básico para estos casos lo establecen los tratados internacionales de la materia, de allí que las normas de Código Procesal Penal solo cumplen un rol complementario o subsidiario de aquellas.

La entrega vigilada internacional se encuentra regulada por los **artículos 550 a 553**. En este articulado, el texto legal alude a procedimientos de entre-

17 Cfr. GRANADOS PÉREZ, Carlos. “Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: Agente encubierto. Entrega vigilada. El arrepentido. Protección de testigos. Posición de la jurisprudencia”. En: *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2001, págs. 83 y sgtes.



ga vigilada que se originan en requerimientos que son formulados por autoridades extranjeras, así como en necesidades de investigación que puedan demandar los fiscales nacionales.

Para el primer caso, el **artículo 550** dispone que la Fiscalía Provincial competente, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar la aplicación de la entrega vigilada que sea requerida por una autoridad extranjera. Como requisito esencial se exige que la solicitud sea expresa y razonada. Asimismo, que la operación tenga por finalidad identificar, descubrir a las personas implicadas en el envío y traslado de las remesas ilícitas. En esta **entrega vigilada pasiva**, el Perú puede ser el país de envío, de tránsito o de destino. La disposición fiscal que autorice el procedimiento tendrá carácter reservado y se comunicará a la autoridad central extranjera solicitante o, en casos de urgencia, a la autoridad extranjera competente para la vigilancia del operativo.

El legislador nacional establece además que, según el caso, la disposición fiscal debe decidir medidas de seguridad. En tal sentido, en ella, se precisará si las remesas ilícitas serán interceptadas o si podrán desplazarse con su contenido intacto; o si este será sustituido total o parcialmente mientras se desarrolle su tránsito por el territorio nacional. Al respecto, la norma otorga al fiscal provincial la competencia para conducir todo el desarrollo del procedimiento y de sus operaciones policiales.

El artículo 551 ratifica la exigencia ya contenida en el inciso 2 del artículo 340, relativa a que la Disposición fiscal de autorización se adopte caso por caso. Por otro lado, dicho numeral regula que los gastos que demande la ejecución del procedimiento de entrega vigilada en territorio nacional serán asumidos por el Ministerio Público. No obstante, la Fiscalía de la Nación podría acordar variantes con las autoridades extranjeras involucradas en función de las necesidades operativas o logísticas especiales que demande el operativo.

Las competencias y funciones específicas de la Fiscalía de la Nación en los procedimientos de entrega vigilada internacional son definidas por el **artículo 552**. A ella corresponde el rol de Autoridad Central nacional, por lo tanto, le compete coordinar con la Autoridad Central extranjera la tramitación de su solicitud para la aplicación del procedimiento, así como adoptar las medidas que viabilicen su adecuada ejecución por los fiscales nacionales a cargo de la conducción de las operaciones de la entrega vigilada.

Merece un comentario especial la preocupación del Derecho peruano por evitar que se afecte la jurisdicción nacional (cfr. el artículo 551, inciso 3), así como por conservar la atribución funcional del Ministerio Público para entablar acción penal contra los implicados en actos delictivos que sean descu-



biertos con la entrega vigilada. En ese sentido, en el inciso 2 del artículo 552 se dispone que en sus tratativas con las autoridades del Estado requirente, la Fiscalía de la Nación “precisará, con pleno respeto a la vigencia de la Ley penal nacional, la atribución que corresponde al Ministerio Público de promover la acción penal en el país, en caso el procedimiento de entrega vigilada dé resultados positivos”.

Por último, en el artículo 553, encontramos el segundo caso de entrega vigilada internacional que contempla el nuevo Código Procesal Penal. En dicha norma se plantea el caso de una **entrega vigilada activa**. Al respecto, se establece que cuando un fiscal provincial esté investigando uno de los delitos contemplados en el inciso 4 del artículo 340, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar que se solicite a la autoridad extranjera competente la utilización de la entrega vigilada. Se entiende que la solicitud deberá contener la información pertinente que haga viable el operativo, así como la necesidad relevante de la aplicación de dicho procedimiento especial. Sin embargo, lo trascendente de este artículo es que permite que, en casos de urgencia, se habilite el trato directo de la autoridad requirente nacional con la Autoridad Central del Estado requerido e, incluso, con anuencia de aquella, con el órgano competente extranjero que tendrá a su cargo la ejecución de la entrega vigilada en el exterior. La oportunidad y reserva del procedimiento aconsejan que esta segunda opción sea la preferente.

En cuanto a la eficacia del procedimiento, en la experiencia nacional se puede señalar que la aplicación de la remesa controlada ha sido el mayor número de veces exitoso. Particularmente, la información relacionada con la participación en estos procedimientos de la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas con sede en la Provincia Constitucional del Callao, arroja un saldo positivo entre los años 2002 a 2005. En ese periodo se ejecutaron varios envíos de remesas, controladas en coordinación con autoridades españolas, norteamericanas, alemanas, argentinas e italianas. Sin embargo, la fiscal peruana, Ley Tokumori, advierte también algunas deficiencias que, en su concepto, deben superarse sobre la base de mejores recursos, coordinación y capacitación: “La experiencia peruana hasta el momento ha permitido identificar algunos inconvenientes en la aplicación del procedimiento de remesa controlada los que se relacionan principalmente con los siguientes factores:

- Incompatibilidad de la legislación de los distintos países.
- Coordinación con las autoridades y representantes de los países de destino y de tránsito.



- Financiamiento de la operación.
- Métodos de custodia y control de la remesa.

Se hace imperante también la capacitación y el establecimiento de canales de coordinación de los órganos que directa e indirectamente se pueden ver involucrados en la ejecución de un procedimiento especial, como son el Ministerio Público, la Policía Nacional, Aduanas, Embajadas, empresas de transporte (terrestre, aéreo y marítimo), operadores de puertos y aeropuertos, entre otros¹⁸.

Es de esperar, entonces, que los procedimientos de entrega vigilada se perfeccionen en el futuro. De ello depende que se asegure una mayor eficiencia en la detección y control de delitos que, como el tráfico de drogas, el tráfico de insumos químicos, las remesas de dinero de procedencia ilegal o el tráfico de especies de la fauna nacional sometidas a protección, constituyen en la actualidad expresiones frecuentes del crimen organizado en nuestro país.

18 Cfr. LEY TOKUMORI, María Ana. "Tratamiento jurídico procesal del procedimiento de remesa controlada". En: *Separata con anexos. Taller Internacional: Entregas (Remesas) Vigiladas. Herramienta Eficaz en la Lucha contra el Crimen Organizado*. Naciones Unidas. Oficina contra la Droga y el Delito. Lima, agosto de 2005, pág. 2.

Artículo 341. Agente Encubierto

- 1. 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 especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por la Dirección General de la Policía Nacional del Perú por el plazo de seis (6) meses, prorrogables por el Fiscal por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad.**

El Fiscal, cuando las circunstancias así lo requieran, podrá disponer la utilización de un agente especial, entendiéndose como tal al ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal.^{(*)(**)}

(*) Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28950, publicada el 16-01-2007.

()** 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. El Fiscal, cuando se trate de Diligencias Preliminares que afecten actividades propias de la criminalidad organizada, y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú, mediante una Disposición y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos. La identidad supuesta será otorgada por el Fiscal por el plazo de seis meses, prorrogables por períodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo, quedando legítimamente habilitados para actuar en todo lo relacionado con la investigación concreta y a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad. En tanto sea indispensable para la realización de la investigación, se pueden crear, cambiar y utilizar los correspondientes documentos de identidad".**
- 2. La Disposición que apruebe la designación de agentes encubiertos, deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con**



la que actuarán en el caso concreto. Esta decisión será reservada y deberá conservarse fuera de las actuaciones con la debida seguridad. Una copia de la misma se remite a la Fiscalía de la Nación, que bajo las mismas condiciones de seguridad, abrirá un registro reservado de aquellas.^()*

() Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28950, publicada el 16-01-2007.*

CONCORDANCIA: 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)

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

4. La identidad del agente encubierto se puede ocultar al culminar la investigación en la que intervino.

Asimismo, es posible la ocultación de la identidad en un proceso, siempre que se acuerde mediante resolución judicial motivada y que exista un motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente encubierto o agente especial, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando la participación de éstos últimos.^()*

() Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley N° 28950, publicada el 16-01-2007.*

5. Cuando en estos casos las actuaciones de investigación puedan afectar los derechos fundamentales, se deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria las autorizaciones que, al respecto, establezca la Constitución y la Ley, así como cumplir las demás previsiones legales aplicables. El procedimiento será especialmente reservado.

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

() De conformidad con la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28950, publicada el 16-01-2007, el presente artículo entrará en vigencia desde el día siguiente de la publicación de la citada Ley.*



"Artículo 341-A. Operaciones encubiertas

Cuando en las Diligencias Preliminares se trate de identificar personas naturales y jurídicas, así como bienes y actividades propias de la criminalidad organizada, en tanto existan indicios de su comisión, el Ministerio Público podrá autorizar a la Policía Nacional del Perú a fin de que realice operaciones encubiertas sin el conocimiento de los investigados, tales como la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, entre otros procedimientos, pudiéndose crear, estrictamente para los fines de la investigación, personas jurídicas ficticias o modificar otras ya existentes.

La autorización correspondiente será inscrita en un registro especial bajo los parámetros legales señalados para el agente encubierto. Por razones de seguridad, las actuaciones correspondientes no formarán parte del expediente del proceso respectivo sino que formarán un cuaderno secreto al que solo tendrán acceso los jueces y fiscales competentes".()*

() Artículo incorporado por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20-08-2013, vigente a partir del 19-12-2013.*

**TÍTULO V
CONCLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

Artículo 342. Plazo

- 1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales.*
- 2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el 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:*

- "2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de ocho meses. Para el caso de investigación de delitos perpetrados por imputados integrantes de organizaciones criminales, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, el plazo de la investigación preparatoria es de treinta y seis meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria".*



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

() 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. Corresponde al Fiscal emitir la disposición que declara complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucra llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma".*

Artículo 343. Control del Plazo

1. *El Fiscal dará por concluida la Investigación Preparatoria cuando considere que ha cumplido su objeto, aun cuando no hubiere vencido el plazo.*
2. *Si vencidos los plazos previstos en el artículo anterior el Fiscal no dé por concluida la Investigación Preparatoria, las partes pueden solicitar su conclusión al Juez de la Investigación Preparatoria. Para estos efectos el Juez citará al Fiscal y a las demás partes a una audiencia de control del plazo, quien luego de revisar las actuaciones y escuchar a las partes, dictará la resolución que corresponda.*
3. *Si el Juez ordena la conclusión de la Investigación Preparatoria, el Fiscal en el plazo de diez días debe pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando acusación, según corresponda. Su incumplimiento acarrea responsabilidad disciplinaria en el Fiscal.*



ETAPA INTERMEDIA

COMENTARIOS:

- 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) • Importancia de la aplicación de la etapa intermedia en el proceso penal • Jurisprudencia sobre el control de acusación • ¿Qué se discute en la audiencia de control de acusación? • Jurisprudencia sobre el auto de enjuiciamiento • Jurisprudencia sobre el auto de citación a juicio.

SECCIÓN II
LA ETAPA INTERMEDIA

TÍTULO I
EL SOBRESEIMIENTO

Artículo 344. Decisión del Ministerio Público

1. *Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el Fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, o si requiere el sobreseimiento de la causa.*
2. *El sobreseimiento procede cuando:*
 - a) *El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;*
 - b) *El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;*
 - c) *La acción penal se ha extinguido; y,*
 - d) *No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.^(*)*
- (*) *De conformidad con el Numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente artículo a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

Artículo 345. Control del requerimiento de sobreseimiento y Audiencia de control del sobreseimiento

1. *El Fiscal enviará al Juez de la Investigación Preparatoria el requerimiento de sobreseimiento, acompañando el expediente fiscal. El Juez correrá traslado del pedido de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días.*
2. *Los sujetos procesales podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. La oposición, bajo sanción de inadmisibilidad, será fundamentada y podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.*
3. *Vencido el plazo del traslado, el Juez citará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales para una audiencia preliminar para debatir los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. La*

audiencia se instalará con los asistentes, a quienes escuchará por su orden para debatir los fundamentos del requerimiento fiscal. La resolución se emitirá en el plazo de tres días.^()*

() De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente artículo a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

Artículo 346. Pronunciamiento del Juez de la Investigación Preparatoria

- 1. El Juez se pronunciará en el plazo de quince días. Si considera fundado el requerimiento fiscal, dictará auto de sobreseimiento. Si no lo considera procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique la solicitud del Fiscal Provincial. La resolución judicial debe expresar las razones en que funda su desacuerdo.*
- 2. El Fiscal Superior se pronunciará en el plazo de diez días. Con su decisión culmina el trámite.*
- 3. Si el Fiscal Superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el Juez de la Investigación Preparatoria inmediatamente y sin trámite alguno dictará auto de sobreseimiento.*
- 4. Si el Fiscal Superior no está de acuerdo con el requerimiento del Fiscal Provincial, ordenará a otro Fiscal que formule acusación.*
- 5. El Juez de la Investigación Preparatoria, en el supuesto del numeral 2 del artículo anterior, si lo considera admisible y fundado dispondrá la realización de una Investigación Suplementaria indicando el plazo y las diligencias que el Fiscal debe realizar. Cumplido el trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de un nuevo plazo de investigación.^(*)*

() De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente artículo a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

Artículo 347. Auto de sobreseimiento

- 1. El auto que dispone el sobreseimiento de la causa deberá expresar:*
 - a) Los datos personales del imputado;*
 - b) La exposición del hecho objeto de la Investigación Preparatoria;*
 - c) Los fundamentos de hecho y de derecho; y,*



- d) *La parte resolutive, con la indicación expresa de los efectos del sobreseimiento que correspondan.*
2. *El sobreseimiento tiene carácter definitivo. Importa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte y tiene la autoridad de cosa juzgada. En dicha resolución se levantarán las medidas coercitivas, personales y reales, que se hubieren expedido contra la persona o bienes del imputado.*
 3. *Contra el auto de sobreseimiento procede recurso de apelación. La impugnación no impide la inmediata libertad del imputado a quien favorece.^(*)*
- (*) De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente artículo a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*

Artículo 348. Sobreseimiento total y parcial

1. *El sobreseimiento será total cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando sólo se circunscribe a algún delito o algún imputado, de los varios que son materia de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.*
 2. *Si el sobreseimiento fuere parcial, continuará la causa respecto de los demás delitos o imputados que no los comprende.*
 3. *El Juez, frente a un requerimiento Fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, primero se pronunciará acerca del requerimiento de sobreseimiento. Culinado el trámite según lo dispuesto en los artículos anteriores, abrirá las actuaciones relativas a la acusación fiscal.^(*)*
- (*) De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente artículo a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*



COMENTARIO 1:

**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*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende resaltar la trascendencia de la etapa intermedia, teniendo en cuenta que el éxito de los juicios orales –etapa principal del proceso penal– se funda en una preparación conveniente del objeto de debate fáctico y probatorio; por tanto, es imprescindible que el órgano jurisdiccional y fiscal guarden el celo correspondiente a sus funciones durante la investigación preliminar y la investigación preparatoria. El juez –como tercero imparcial– será el director de la etapa intermedia.

De este modo, es el juez quien dirige el «filtro» entre la etapa de la investigación preparatoria –caracterizada por la recopilación de fuentes de prueba e indicios que permitan develar la existencia o no de un ilícito y, de darse lo primero, identificar a los perpetradores del mismo– y el juzgamiento –donde precisamente dichas pruebas e indicios serán actuados y contrastados con los argumentos del procesado–.

El inicio del juicio oral depende precisamente de un debido «saneamiento procesal». Mediante este se busca evitar que sean llevados a juzgamiento casos bagatela o insignificantes, y todos aquellos que no han cumplido debidamente con los presupuestos materiales y procesales que la norma exige o, en el peor de los casos, que han sido imputados con inconsistencia o que no han sido suficientemente aparejados de elementos de convicción por parte del Ministerio Público.

Es, por ello, nuestro interés en redactar las siguientes líneas respecto a esta etapa «novedosa» –veremos que no lo es tanto– en el proceso penal

* Maestro en Derecho en la Especialidad de Derecho Penal y con estudios concluidos de doctorado en derecho en la Universidad Particular San Martín de Porres y maestría en Política Jurisdiccional en la Universidad Católica del Perú, docente universitario de la especialidad Derecho Penal en Pre - Grado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad Particular de San Martín de Porres. Actualmente Vocal Supremo Provisional de la Corte Suprema de Justicia.



peruano, su actual inclusión en el procedimiento penal vigente en aquellos distritos judiciales donde aún no se implementa el NCPP, así como su importancia en el mantenimiento de la constitucionalidad dentro del mismo.

II. ANTECEDENTES

Es posible encontrar antecedentes históricos acerca de la etapa intermedia o de preparación de juicio, en la cual se ejercía el control sobre la acusación, en diversos sistemas de enjuiciamiento de la antigüedad. Así, en el procedimiento griego¹ ante los heliastas, la acusación se presentaba ante el arconte, quien examinaba la acusación desde un punto de vista formal. En Roma, la *accusatio* estaba sujeta a control para luego elegirse un acusador para la formulación de la *nominis delatio*, en la cual se designaba al acusado y el hecho atribuido².

En Perú, desde el anteproyecto del CdePP de 1940 se planteaba la posibilidad de incluir una etapa intermedia en el proceso penal ordinario, en tanto se advertía la necesidad de una «cámara de acusación», cuerpo judicial intermedio entre la instrucción y el juez de fallo, que tenía como función especial fijar la procedencia o apertura de juicio oral, lo que haría un alto en el proceso, dando por concluida la instrucción y remitiéndola después de una breve apreciación a la jurisdicción que se estimara conveniente³. Dicha pretensión no se logró materializar por los distintos problemas que generaba buscar un personal especializado para el control de la acusación, así como el establecimiento de procesos sumarios en los cuales ni siquiera existía etapa oral.

Con el CdePP (Ley 9024, del 16 de enero de 1940); pese a que dicho cuerpo normativo señala en su artículo 1 que el proceso penal ordinario se desarrolla en dos etapas –instrucción y juicio–, nosotros consideramos, en el sentido que refiere San Martín Castro, que la etapa intermedia comienza con la emisión del auto judicial de elevación de la instrucción (artículo 203 del CdePP). Esta resolución, que se dicta cuando concluye el plazo de la investigación o cuando se han acumulado todas las actuaciones y diligencias en orden a la comprobación del delito y averiguación del presunto responsable, ocasiona la pérdida de competencia del juez penal y se la transfiere, para el desarrollo de diferentes actividades jurisdiccionales, a la Sala Penal Superior. Esta etapa culmina con la emisión del auto superior de enjuiciamiento⁴.

1 Petrie 1988: 93.

2 Mommsen 1991: 229.

3 Guzmán Ferrer 1942: 14.

4 San Martín Castro 2003: 608.



En el caso del proceso sumario (Decreto Legislativo 124, publicado el 15 de junio de 1981), no existiendo siquiera una etapa de juicio oral, mucho menos podemos exigir una de saneamiento procesal que controle de manera correcta o debida la acusación. Por su parte, en el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo 638, del 27 de marzo de 1991), tampoco se previó una etapa intermedia, por lo que su virtual ubicación tiene los mismos parámetros mencionamos respecto al procedimiento sumario del CdePP.

Finalmente, con el NCPP (Decreto Legislativo 957, del 29 de junio de 2004) se ha previsto una etapa en la cual se controla la emisión de la acusación o, en su caso, del correspondiente auto de sobreseimiento; ello en cumplimiento de la garantía de igualdad de armas y consagración del principio acusatorio.

Nos centraremos precisamente en las previsiones de la etapa intermedia según lo establecido en el NCPP, cuya aplicación lenta, pero firme en nuestro país, con sus yerros y aciertos, con sus problemas propios de todo proceso de reforma, ha generado una verdadera revolución no solo por la depurada técnica con la que ha sido redactada, sino también por el cambio de mentalidad que ha originado entre los distintos intervinientes de los casos penales.

III. NATURALEZA JURÍDICA

El estadio procesal en el que se ubica dicha etapa comprende desde la conclusión de la investigación preparatoria (artículo 343) hasta la resolución que la concluya. Pudiendo ser dictado un auto de enjuiciamiento (artículo 353) o, en su caso, un auto de sobreseimiento (artículos 344 a 348). Quien toma dicha decisión es el propio juez de la investigación preparatoria; concluyendo, en dicho estadio, su función dentro del proceso.

A diferencia de lo que acontece dentro de la instrucción formal, la etapa intermedia cobra una especial importancia, revistiendo plenamente su sentido de etapa crítica en torno a las conclusiones de la investigación preparatoria⁵. La función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que se formule acusación contra un procesado sin fundamento material o probatorio suficiente⁶.

5 Vázquez Rossi 1997: 363.

6 Citando a Varela Castro, Vid. Horvitz Lennon 2004: 10.



Al respecto, Rodríguez Hurtado ha señalado que la finalidad de la etapa intermedia en el NCPP es controlar el requerimiento fiscal de sobreseimiento, en su caso, la acusación, atendiendo o rechazando las observaciones que hagan contra ella los otros sujetos procesales, los medios de defensa técnica que planteen, la aplicación de algún criterio de oportunidad que soliciten, el pedido de sobreseimiento que introduzcan, la imposición de revocatoria de medidas de coerción que propongan, la actuación de prueba anticipada que requieran y la admisión de medios de prueba ofrecidos, incluidas las convenciones probatorias⁷.

En resumen, la etapa intermedia es una fase de «apreciación y análisis»⁸ para decidir cuál será el devenir de la causa en juzgamiento, sometiéndose toda actividad que haya sido realizada durante la investigación preparatoria a «controles necesarios de legalidad y pertinencia»⁹. Sin dicha función de control, o la violación de esta por diversos motivos, desaparecerían los estándares garantistas de un modelo procesal ajustado a la Constitución, teniendo como consecuencia que los demás procesos de trabajo se relajen y la reforma procesal sencillamente colapse.

Al ser la oralidad una característica del nuevo sistema procesal, el juez de la investigación preparatoria debe realizar un riguroso control de los escenarios de las audiencias y de la actuación del fiscal desde el inicio de su actividad procesal.

Por lo que, una vez llegada la etapa intermedia, las actuaciones del fiscal habrán pasado por tamices previos que garanticen que el representante del Ministerio Público, al momento de pronunciarse, dicte requerimientos que estén acordes con lo que vio y actuó a lo largo de su investigación.

Es importante señalar que durante dicha etapa únicamente se actúan las pruebas llegadas hasta dicho punto, es decir, no puede realizarse durante la investigación preparatoria ningún acto de investigación ni de prueba (artículo 351) «salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental» para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo 350. Lo cual no significa que se traslade el debate principal a dicho estadio, en tanto se debe mantener la independencia y la firmeza de los roles procesales para no caer en los defectos existentes en el aún vigente modelo inquisitivo (el citado Decreto Legislativo 124, que regula el proceso penal de trámite sumario) o mixto (CdePP).

7 Rodríguez Hurtado 2007: 05.

8 Sánchez Velarde 2009: 111.

9 Sánchez Velarde 2009: 111.



IV. ACUSACIÓN FISCAL

Debemos entender que el fiscal se decanta por una acusación cuando, a consecuencia de las diligencias realizadas durante la etapa de investigación preparatoria (preliminar y formal), y habiéndose recopilado los elementos probatorios pertinentes, aquel llega a un nivel de certidumbre de que el hecho imputado ha sido aparejado de elementos suficientes de convicción y que se encuentra corroborada la participación del imputado en el mismo, por lo que al solicitar la apertura del juicio oral aquel va a pretender demostrar las aseveraciones de la responsabilidad del imputado, buscando la emisión de una sentencia condenatoria.

Roxin¹⁰ señala que la acusación es el requerimiento al tribunal decisor de que se debe realizar un juicio oral. Agrega que la fiscalía, en virtud del principio de legalidad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen «motivos suficientes para la promoción de la acción pública», esto es, cuando existe una sospecha suficiente sobre la comisión del hecho punible, en el sentido del § 203 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana¹¹.

Peña Cabrera Freyre considera que la acusación constituye el núcleo fundamental de todo el proceso penal, en tanto su efectiva concreción condiciona la realización de la justicia penal. Si no hay acusación de por medio no hay derecho para pasar la causa a juzgamiento, por consiguiente, siendo imposible considerar al imputado como autor del hecho delictivo o calificando el hecho imputado, sencillamente, como un hecho falto de relevancia penal¹².

Ahora bien, dependerá del operador jurisdiccional el acoger o no el requerimiento de pena por parte del fiscal, en tanto desde el momento mismo que llega la acusación, el juez toma conocimiento de la opinión del fiscal sobre los hechos punibles que se han cometido, en qué extensión, cuáles consecuencias jurídico penales y jurídico civiles aplicables al caso. Y, así también, se le permite al acusado el conocimiento de la extensión de los cargos formulados contra sí, sobre los cuáles podrá elaborar y asegurar una eficaz defensa¹³.

10 Roxin 2000: 338.

11 En la doctrina alemana, para que el Fiscal inicie la investigación de un delito se requiere que existan «suficientes puntos de apoyo de carácter fáctico», esto es, la denominada sospecha inicial simple, mientras que para la apertura del juicio oral, el estándar es bastante más exigente. Se requiere que el inculpado, a la vista de las actuaciones de la instrucción, resulte suficientemente sospechoso de la comisión de un delito.

12 Peña Cabrera Freyre 2007: 89.

13 Citando a Juan Luis Gómez Colomer, Vid. Sánchez Velarde 2009: 158.



En consecuencia, respecto a la acusación fiscal, el NCPP exige al Ministerio Público la formulación de una relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado y, en todo caso, de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos, así como los elementos de convicción –de hecho y de derecho– que sustenten el requerimiento, la participación que se atribuya al imputado y los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia¹⁴.

En definitiva, la acusación fiscal no debe faltar jamás a la debida motivación que exige el NCPP en su art. 349, inciso 1. Curiosamente, nuestra Constitución prevé la garantía de la debida motivación como un principio procesal de exigencia obligatoria a los miembros del Poder Judicial, en su artículo 139, inciso 5; sin embargo, no indica si esta es aplicable también a las actuaciones y pronunciamientos del Ministerio Público. Más aun, ni siquiera la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto Legislativo N. 052, del 10 de marzo de 1981) tiene entre sus artículos una previsión legislativa en tal sentido. Porque el NCPP refleja, en el citado artículo 349, inciso 1, que la actuación de los titulares de la acción penal, al momento de dirigir la investigación desde su inicio, así como de su papel primordial en la reforma y en la protección de la legalidad, debe ser ejercida dentro del principio de motivación de las actuaciones fiscales y la interdicción de la arbitrariedad.

En dicho artículo, el NCPP exige que la acusación deba contener:

Los datos que sirvan para identificar al imputado. La exigencia obvia de la identificación de aquellos datos que el Fiscal entiende que guardan relación con la perpetración del ilícito es básica para comenzar con la acusación. Es imposible que pueda continuar un proceso si no se tienen aquellos datos básicos de los acusados: edad, estado civil, nivel de instrucción, lugar de nacimiento, etc.

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. La correcta descripción de los hechos, antes, durante y después de la presunta comisión del ilícito. La «separación y detalle» si bien implica que deban poder diferenciarse unos de otros, estos tienen que guardar la correlación.

Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio. El inventario y la respectiva explicación de los actuados (testimoniales,

14 Talavera Elguera 2004: 64.



pericias, careos, reconstrucciones, etc.) durante la investigación preparatoria que, a consideración del Fiscal, conlleven considerar al acusado como implicado en la comisión del delito.

La participación que se atribuya al imputado. La clasificación del acusado dentro de alguna de las categorías de la autoría y la participación del delito (artículo 23 y ss. del Código Penal) implica que el Fiscal tenga claro cuál ha sido el verdadero grado de implicancia por parte del agente o agentes en el ilícito.

La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran. El Fiscal, como protector de la legalidad, no únicamente velará por una pretensión carcelaria, sino que, de darse el caso, considerará y expondrá las causas que eximan o atenúen la responsabilidad penal del agente infractor (artículos 20, 21 y 22 del Código Penal).

El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite. La acusación deberá contener una correcta tipificación del hecho, en tanto la subsunción en el tipo penal correspondiente, evitando incurrir en un concurso aparente. De acuerdo a ello, tomará en consideración las previsiones de los artículos 45 ss del Código Penal para la exigencia de pena, en tanto el representante del Ministerio Público es conocedor que el agente infractor puede ser pasible de carencias a nivel socio-económico; tomará a consideración el cómo, cuándo y por qué de las condiciones en las que se perpetró, y las agravantes que nazcan a partir de su condición de sujeto activo o la constante dañosidad de su conducta a la sociedad.

El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. Habiendo considerado su pedido de pena, el Fiscal también habrá de solicitar el monto que considere conveniente para reparar el daño perpetrado por el agente; pudiendo recurrir a las distintas medidas de coerción real (artículos 302 ss.) que plantea el NCPP, ya sea imponiéndoselas al sujeto activo o al tercero civil.

Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca. En un juicio pueden plantearse, como se ha visto en más de un caso, una cantidad interminable de pruebas a actuarse. Ello nos parece un error en tanto únicamente deberían ser expuestas aquellas que conduzcan a sostener la pretensión de manera indubitable, y no proponer sin orden ni



coherencia alguna las mismas. De ello dependerá el desarrollo de un juicio exitoso en el cual el Juez pueda escuchar las peticiones (en este caso del Fiscal).

En la acusación deberán figurar la situación jurídica del imputado, así como las medidas de coerción impuestas durante la investigación, teniendo el Fiscal la facultad de pedir su variación o que se impongan unas nuevas, siempre que su pedido se encuentre debidamente motivado.

Dentro de los diez días de notificada la acusación a los demás sujetos procesales (procesado y su defensa y parte civil), conforme prevé el artículo 350, estos podrán:

- a) Observar la acusación y pedir su corrección.
- b) Deducir medios técnicos de defensa.
- c) Solicitar la imposición o revocación de una medida cautelar o la práctica de prueba anticipada.
- d) Solicitar el sobreseimiento.
- e) Instar la aplicación de un criterio de oportunidad.
- f) Ofrecer prueba para el juicio.
- g) Presentar documentos no incorporados o indicación del lugar en donde se encuentren.
- h) Objetar o pedir un incremento de la reparación civil, ofreciendo medios de prueba.
- i) Proponer los hechos que aceptan y otros acuerdos sobre los medios de prueba para que determinados hechos se estimen probados (convenciones probatorias).

Realizada la acusación, se ha establecido el parámetro infranqueable para los jueces, en tanto no podrá imponerse una pena mayor a la exigida por el fiscal. Sin embargo, ello no evita que existan distintas opciones durante el juzgamiento oral, tales como la recalificación de la conducta por parte del operador jurisdiccional (artículo 374, inciso 1) en cumplimiento de una correcta tipificación, siempre y cuando conserve la identidad del bien jurídico¹⁵. Para ello, respetado el debido proceso, pero sobre todo, el derecho de defensa, se dará aviso a las partes para que se pronuncien e incluso presenten prueba al momento de fundamentar su posición.

Asimismo, ya a nivel del desarrollo del juzgamiento, el fiscal podrá realizar una acusación complementaria (artículo 374, inciso 2) en la que amplía

15 Gálvez Villegas 2008: 696.



aquella que viene de la etapa intermedia (acusación principal), en caso aparezca un nuevo hecho o una nueva prueba que lo conlleve considerar la posibilidad de modificar la calificación jurídica.

Es más, el propio NCPP le da la facultad al fiscal de realizar una «acusación alternativa», es decir, en caso no se haya llegado a determinar con toda claridad la entidad o los verdaderos elementos que configuran el tipo penal materia de acusación, pudiéndose formular hipótesis acusatorias por más de un delito, esperando al debate oral en el que cobrará verosimilitud la correcta (siempre será solo una de ellas), descartándose la otra.

Todo ello conlleva resaltar la importancia de la etapa intermedia, en tanto que –como se ha podido notar– jueces como fiscales tienen diversas alternativas mediante las que pueden ejercer de distinta manera la acción penal y subsanar dudas y fallos. Ello, sin duda, es una ventaja que se tiene ante el justiciable, sin embargo, una correcta revisión y calificación de la acusación es necesaria. En razón de ello se ha dispuesto la audiencia de control de acusación.

V. ACUSACIÓN DIRECTA

El NCPP crea posibilidades para que, de darse las condiciones, se simplifique la actividad procesal, omitiendo formalismos o diligencias innecesarias; ese es el caso de la acusación directa (artículo 336, inciso 4) que procede cuando el fiscal considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión¹⁶, omitiéndose la investigación formalizada, evitando redundar y de ese modo atentar contra la celeridad procesal.

Burgos Alfaro refiere que esta institución ha tenido algunas dificultades al momento de su aplicación, en tanto considera que se restringe el tiempo para que el procesado –y su defensa– presente material probatorio que estime pertinente para su pretensión libertaria; así también genera las mismas dificultades al agraviado, incluso además al momento de constituirse en actor civil. En el caso de este último es más preocupante aún, en tanto no habiendo período en el cual pueda solicitar constitución como parte del proceso, estaría en potestad del juez el admitir su posterior pedido; sin embargo, también estaría bajo la decisión del operador jurisdiccional si, recién en la audiencia preliminar, se le permite el ofrecimiento de medios de prueba

16 Burgos Alfaro 2009: 202.



u objetar la reparación civil, teniéndose en cuenta que para ese momento el fiscal ya lo habría hecho previamente¹⁷. La propuesta de solución está en que, en virtud de no perjudicar la facultad del agraviado de constituirse en actor civil, se emita una resolución comunicando que se ha recibido requerimiento fiscal de acusación directa a todos los sujetos procesales para su pronunciamiento, permitiendo un plazo de tres días antes de admitirse el requerimiento y correr traslado de los diez días a las partes, conforme lo indica el NCPP, lo que le permitiría incluso al justiciable presentar una solicitud de terminación anticipada antes de quedar imposibilitado de ello, tal y como lo ha dispuesto el Acuerdo Plenario N. 5-2009/CJ-116, cuando señala que: «La audiencia preliminar de control de acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso [...], su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal».

VI. AUDIENCIA PRELIMINAR DE CONTROL DE ACUSACIÓN

En los ordenamientos jurídicos europeos, la fase intermedia se configura como un control negativo sobre la acusación, especialmente en aquellos países en donde el Ministerio Público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, como es el caso de Alemania, Italia o Portugal. Incluso en Francia, en que la investigación preparatoria se encuentra entregada al juez de instrucción, existe un periodo intermedio cuyo objeto es revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación formulada para resolver si procede o no abrir juicio. Este control negativo se asienta en la idea que el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de un fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena¹⁸.

En Alemania, la Ordenanza Procesal Penal regula el «procedimiento intermedio» o «decisión acerca de la apertura del procedimiento principal». Esta fase tiene lugar una vez cerrada la etapa de investigación preparatoria y siempre que no se haya decretado el sobreseimiento del caso. En ella se examina la fundamentación fáctica y jurídica de la acusación y de los presupuestos de admisibilidad del juicio. Además, esta fase cumple la función de garantizar al acusado el derecho a ser oído respecto de la acusación deducida en su contra.

17 Burgos Alfaro 2009: 204.

18 Horvitz Lennon 2004: 11.



El modelo italiano es semejante al de la regulación alemana de la etapa intermedia. *El Codice di Procedura Penale italiana* establece que concluida la fase de investigación preparatoria sin que el Fiscal proceda al archivo de las actuaciones, se abre una etapa contradictoria denominada audiencia preliminar ante un órgano judicial unipersonal, durante la cual se debate sobre los resultados de la investigación¹⁹.

En Perú, conforme a lo sostenido por Roberto Cáceres y Ronald Iparraguirre, el NCPP establece un sistema de audiencias optativas y necesarias; mediante las primeras se van dando solución a los pedidos y diferencias iniciales existentes entre las partes, y las segundas sirven para establecer el saneamiento del proceso y la culpabilidad o inocencia del imputado²⁰.

Mediante esta audiencia preliminar se observará y debatirá la procedencia o no de la acusación, realizándose un saneamiento procesal o una preparación para iniciar el juicio oral. La convocatoria se lleva a cabo no antes de cinco ni luego de veinte días del plazo concedido a las partes con la notificación de la acusación. En este acto se discute si existe legitimidad de las pretensiones punitivas (la existencia del delito y la individualización de autores y/o cómplices), las pretensiones resarcitorias (si el actor civil está legitimado o no de reclamar la reparación) y las vinculadas con las consecuencias accesorias “decomiso o sobre personas jurídicas”²¹. De este modo se autoriza al juez de la investigación preparatoria controlar la acusación y, en el caso de la defensa, cuestionar el fondo de la misma. Cada una de las partes tendrá la oportunidad de pronunciarse oralmente durante dicha audiencia; y, posteriormente, el juez correrá traslado a las demás partes para la absolución de lo antedicho (artículo 351, inciso 3).

Luego que concluye la audiencia de control de la acusación y una vez ya planteados los requerimientos por los demás sujetos procesales, el juez responsable de la etapa intermedia, siempre dependiendo del supuesto concreto, deberá cumplir el procedimiento establecido en el artículo 352:

- a) El pronunciamiento inmediato o diferido hasta por 48 horas.
- b) La devolución de la acusación por las diversas omisiones o defectos en los que pueda incurrir.

19 Delmas-Marty 2000: 362.

20 Cáceres Julca/Iparraguirre 2007: 400.

21 Gálvez Villegas 2008: 703.



- c) El pronunciamiento inapelable respecto de la oposición de las partes a las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones hechas a la acusación.
- d) Emitir, de darse el caso, el auto sobre los medios técnicos de defensa el mismo que puede ser apelado por cualquiera de las partes.
- e) Emitir, de verse conveniente, el auto de sobreseimiento de oficio o a pedido del acusado o de su defensor.
- f) Ver la procedencia de la admisión de los medios de prueba que especifiquen el aporte a obtener con su actuación, pertinentes, conducentes y útiles.
- g) Estudiar las especificaciones en el caso de testimoniales y peritajes.
- h) Pronunciarse respecto a un posible acuerdo de convenciones probatorias, el mismo que no es recurrible.
- i) Emitir, de darse el caso, una resolución respecto de una posible presentación de prueba anticipada, siendo irrecurrible por las partes.

VII. AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Luego de la discusión preliminar, y resueltos los requerimientos conclusivos de la investigación, el juez tomará una decisión. Si admite la acusación entonces dictará el auto de enjuiciamiento, mediante el cual se acepta el pedido del fiscal de que el imputado sea sometido a juicio oral. El auto de enjuiciamiento es dictado por el juez de la investigación preparatoria y, con su emisión, concluye la etapa intermedia, debiendo remitir los actuados al juez que realizará el juicio oral, el mismo que dictará el auto de citación a juicio²².

El auto de enjuiciamiento, refiere Cubas Villanueva, cumple con una función limitadora de los debates del juicio oral y de la sentencia, al permitir el paso a la etapa del juzgamiento dentro de los límites de la acusación, bajo sanción de nulidad²³. Dicha resolución no es recurrible.

En dicho auto se debe determinar el contenido preciso del juicio; es decir, se debe describir con precisión cuál será el hecho justiciable, así como también la identificación del imputado o imputados y de los agraviados siempre que en este último caso hayan podido ser identificados; la calificación jurídica del hecho; los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, de las

22 Gálvez Villegas 2008: 705.

23 Cubas Villanueva 2009: 485.



convenciones probatorias; la determinación de las partes que intervendrán en el debate; y la determinación del juez competente que se hará cargo del juicio oral (unipersonal o colegiado).

El auto de enjuiciamiento al constituir una decisión judicial por la cual se admite el pedido del fiscal que el acusado sea sometido a juicio oral, público y contradictorio, cumple función trascendente en el proceso penal. Aquí se determina el contenido preciso del juicio, delimitando su objeto y por ello se precisa que se describa en forma clara el hecho justiciable.

Esta determinación tiene su *leif motiven* en el principio procesal de congruencia entre acusación y sentencia, según el cual la sentencia que se dicte al final del proceso solo podrá versar sobre los hechos que originaron el inicio del juzgamiento. Ello tiene por finalidad evitar acusaciones sorpresivas y, por otro lado, garantizar una adecuada defensa del imputado.

Desde el inicio de la investigación preparatoria hasta su finalización, incluyendo el auto de enjuiciamiento, solo intervienen magistrados de primera instancia²⁴, solo luego de cumplir con el acto procesal precitado, el caso pasará al juez de juzgamiento (unipersonal o colegiado). La realización de la audiencia de juzgamiento será la más próxima posible con un intervalo no menor de diez días (artículo 355, inciso 1).

VIII. SOBRESEIMIENTO

El proceso penal también puede finalizar con sus actuaciones judiciales sin necesidad de una resolución que tenga la forma de sentencia, es decir, en la que no se condena o absuelve a un procesado o procesados²⁵.

En caso el fiscal no reúna los elementos necesarios para dar paso al juicio oral decretará el sobreseimiento. A decir de Gimeno Sendra, el sobreseimiento, como su nombre lo indica, es una resolución jurisdiccional por la que se suspende el proceso penal, bien de una manera provisional o definitiva. Agrega que se entiende por sobreseimiento la resolución firme emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada²⁶.

24 Cubas Villanueva 2009: 486.

25 Rosas Yataco 2009: 573.

26 Gimeno Sendra 2007: 601.

En suma, el sobreseimiento no es otra cosa que el pronunciamiento por el cual se acepta el requerimiento o solicitud de archivamiento del caso. El sobreseimiento es una resolución judicial que adopta la forma de auto en el proceso común. Solo puede ser emitido por el juez de la investigación preparatoria (artículo 346, inciso 1). El efecto fundamental del sobreseimiento es el archivo de las actuaciones, lo que supone la terminación anticipada lo que da por concluida la causa en trámite. Este archivo puede ser total o parcial, de acuerdo a la modalidad de sobreseimiento invocado. El sobreseimiento será total cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados; en cambio será únicamente parcial cuando solo comprenda a un delito o a alguno o algunos de los imputados, continuando el proceso. El juez, en caso le sea derivado un requerimiento fiscal mixto, acusatorio y no acusatorio, tendrá que pronunciarse primero respecto de la solicitud de sobreseimiento (artículo 348, inciso 3).

Si el fiscal entiende que de las diligencias realizadas durante la investigación preliminar no existe ni prueba ni indicio que le dicte la existencia de mérito alguno para formular acusación y solicitar el paso a juicio oral, requerirá entonces el sobreseimiento de la causa, procediendo dicho pedido. Lo señalado podría hacer pensar que la solicitud de sobreseimiento es una facultad de los representantes del Ministerio Público. No obstante, por la misma naturaleza de los supuestos previstos, y tomando como base el principio de objetividad que debe guiar el actuar de los fiscales, consideramos que no es una potestad sino un deber, una obligación ineludible del fiscal solicitar el sobreseimiento cuando en la práctica se verifiquen los siguientes supuestos:

1. *El hecho materia de la investigación no se realizó.* Por ejemplo, se viene investigando el secuestro de la acaudalada Juanita Mucha Suerte, sin embargo, a los quince días de iniciada la investigación, la supuesta víctima aparece alegando que había viajado a Cancún, hecho que por problemas familiares no lo había comunicado.
2. *Es imposible que le sea atribuido dicho hecho al imputado.* Una manera gráfica de trasladarlo a la realidad podría ser un caso en el que se le imputa al investigado ser el autor directo de un homicidio, sin embargo, del análisis de los resultados de la investigación se determina en forma fehaciente que en momentos que ocurrió el homicidio, el investigado estaba en lugar diferente y que las huellas dactilares encontradas en el arma homicida no le corresponden.
3. *No es típico, concurre alguna causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad.* Esto es, el hecho investigado no reúne los elementos objetivos como subjetivos de un hecho punible tipificado en la ley penal.



Por ejemplo, se investiga un hecho con apariencia del delito de estafa, no obstante, concluida la investigación preparatoria se evidencia que el hecho denunciado no es más que un simple incumplimiento de contrato.

4. *La acción penal se ha extinguido.* Por ejemplo se atribuye al imputado un homicidio, sin embargo, del análisis de los actos de investigación efectuados, se concluye de modo claro que el imputado habría actuado en legítima defensa, pues el día de los hechos, la presunta víctima, premunida de un arma de fuego, había entrado al domicilio del investigado con intención de robar.
5. No existe razonable posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación.
6. No existen suficientes elementos de convicción para solicitar el enjuiciamiento.

En caso de ser aprobada la solicitud de sobreseimiento, se emite la resolución de terminación y archivo definitivo del proceso penal. Lo cual, conforme enumera Frisancho Aparicio "citando a Horvitz Lennon y a López Masle"²⁷, conlleva a:

1. La puesta en libertad inmediata de cualquier persona que estuviera detenida o presa por razón del proceso penal terminado.
2. La cancelación de la fianza o la caución que el procesado en libertad hubiere constituido para el aseguramiento de su presencia en el proceso.
3. El levantamiento de las fianzas y embargos decretados o ejecutados contra el procesado o cualquier tercero responsable civil.
4. El Juez Penal puede mandar proceder de oficio contra el denunciante, por el delito de denuncia calumniosa, bastando con que el auto de sobreseimiento sea firme.
5. Los efectos del delito depositados con carácter provisional en poder de los propietarios, el sobreseimiento exige la entrega definitiva.

El auto de sobreseimiento, emitido por el juez de la investigación preparatoria, menciona Cubas Villanueva²⁸, puede ser impugnado a través del recurso de apelación, sin embargo, ello no impide el trámite de la inmediata libertad del encausado, favorecido por el dictado de la resolución de sobreseimiento, conforme prevé el artículo 347, inciso 3.

27 Frisancho Aparicio 2009: 238 ss.

28 Cubas Villanueva 2009: 481.



IX. AUDIENCIA DE CONTROL DE SOBRESEIMIENTO

Un vez que el juez de la investigación preparatoria recibe el requerimiento fiscal de sobreseimiento, correrá traslado de dicha solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días (artículo 345, inciso 1). Durante dicho periodo, las partes podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo establecido. La oposición bajo sanción de inadmisibilidad, será fundamentada y podrá solicitar la realización de actos de investigación adicionales, indicando su objeto y los medios de investigación que considere procedentes.

Culminado dicho plazo, el Juez citará a las partes a fin que sea llevado a cabo la audiencia preliminar, donde se debatirán los fundamentos del requerimiento de sobreseimiento. La audiencia se instalará con los asistentes, a quienes escuchará por su orden para debatir los fundamentos de la solicitud fiscal. Se emitirá la correspondiente resolución en el plazo de tres días (artículo 345, inciso 3).

La asistencia del fiscal es de carácter obligatorio, pues es él quien ha requerido el sobreseimiento y, por tanto, es la oportunidad para que sustente su pedido, no interesa si el procesado o el agraviado no asistieron, basta con que esté el abogado del imputado.

X. PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

El Juez cuenta con un plazo de quince días para pronunciarse respecto del pedido de sobreseimiento del fiscal. De considerar fundada la solicitud, el juez de la investigación preparatoria dictará correspondiente auto de sobreseimiento, caso contrario, elevará los actuados mediante la expedición de un auto, al fiscal superior para que se pronuncie –ya sea ratificando o rectificando– la solicitud de sobreseimiento del fiscal provincial. El mencionado auto deberá estar debidamente motivado.

Ya en manos del fiscal superior, este cuenta con un plazo de diez días para pronunciarse: si el fiscal superior confirma la solicitud de sobreseimiento propuesta por el provincial, el juez de la investigación preparatoria se verá en la obligación, sin mediar trámite alguno, de dictar el auto de sobreseimiento; en caso rectifique dicho pronunciamiento, es decir, que esté en desacuerdo, ordenará a otro fiscal que formule acusación.

Si las demás partes han interpuesto oposición a la solicitud de archivo, el juez de la investigación preparatoria dispondrá la realización de una «investigación suplementaria» (artículo 346, inciso 5), para la cual indicará



el plazo y las diligencias a realizarse; cumplido dicho trámite, no procederá oposición como tampoco se concederá nuevo plazo de investigación.

XI. ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116, REFERIDO AL CONTROL DE LA ACUSACIÓN EN EL CdePP Y EN EL NCPP

El 8 de enero de 2010, fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, aprobado por Resolución Administrativa N° 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, el cual, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 116 de la LOPJ, tienen la potestad de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

Este acuerdo plenario precisa ciertos conceptos y líneas a seguir respecto a la comentada «etapa intermedia» del proceso penal, refiriendo que «la acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículo 159, inciso 5 de la Constitución y artículos 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, artículo 219 CdePP y artículos 1, 60 y 344, inciso 1 NCPP). Mediante la acusación, la fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344, inciso 1 NCPP) [...], la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se la atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal».

El acuerdo plenario pondera la importancia de tal institución procesal, razón por la que exige un debido control de la misma, no solo a nivel del NCPP, sino también del aún vigente CdePP, pese a que, como refiere el mismo acuerdo plenario la acusación «está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, solo debe incidir en aquellos aspectos circunscriptos a



los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador».

Ello nos lleva a establecer la primera gran diferencia con el control de la acusación regulada en el NCPP respecto del previsto en el CdePP: mientras en el nuevo sistema de 2004, el control de dicho pronunciamiento fiscal incide sobre el fondo y la forma, en tanto el juez puede acceder mandar a corregirla o incluso declarar el sobreseimiento (de oficio o a solicitud de parte) al ver las inconsistencias del caso, la pertinencia de determinadas pruebas, los conciertos a los que se puede llegar a través de los «acuerdos probatorios», etc.; en el antiguo sistema, el control de la acusación estará más restringido, pudiendo únicamente versar sobre precisiones respecto a la acusación. Siendo el trámite el siguiente:

1. Recibida la Acusación Fiscal escrita, el Juez correrá traslado a las partes de la misma, estableciendo un plazo, el mismo que queda a criterio del Juez dependiendo de la complejidad de la causa, para que las partes se manifiesten sobre la misma.
2. El Juez Superior, una vez vencido dicho plazo, verificará el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación (dispuesto en el artículo 225 del CdePP), pronunciándose cuando:
 - i) El petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso;
 - ii) El fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado; o
 - iii) La tipificación no se defina en debida forma, ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado.

De ser ese el caso, el tribunal deberá devolver mediante resolución motivada (sin lugar a apelación contra la misma) las actuaciones al fiscal superior acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas por el operador jurisdiccional.

El principal problema para el control de la acusación en el proceso penal ordinario del viejo Código, es sobre quiénes recae la dirección del mismo: mientras en el NCPP dicho control es de competencia del juez de la investigación preparatoria, en el CdePP, estará a cargo de los jueces de las salas superiores, por lo que podría entenderse que un pronunciamiento suyo sobre



el fondo sería un adelanto de opinión, lo cual generaría nulidades en la Corte Suprema, evitando ello es que únicamente se ha circunscrito a asuntos de forma antes que de fondo.

El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el CdePP autoriza al Juez Superior su control o ejercicio de oficio, como pueden ser problemas referidos a la jurisdicción, a la competencia o la resolución de las excepciones interpuestas. El órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto, es, por ello, que resultaría pertinente que las partes fundamenten los argumentos que puedan tener y así expresar mejor sus correspondientes pretensiones.

El acuerdo plenario realiza también algunas precisiones respecto de la institución denominada como control de la acusación, prevista en los artículos 350 a 352 del NCPP, señalando que: «el procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el juez de la investigación preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350 a 352, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El juez decide luego de escuchar a todas las partes procesales, nunca antes [...]». Posteriormente, hace referencia a las dos clases de control que pueden ejercerse de la acusación fiscal –sustancial y formal–, señalando: «el control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscrito a los supuestos del artículo 2, y de la deducción de excepciones– solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344, inciso 2».

Aquí se hace referencia a la oportunidad en la que el juez de la investigación preparatoria pueda instar por un sobreseimiento de oficio o por pedido de alguna de las partes. Sin embargo, dicha decisión no podrá ser tomada sin que previamente se escuche a las partes rendir su respectivo informe oral, en tanto es imprescindible, teniendo en cuenta la naturaleza predominantemente oral de este proceso. Menciona además la única posibilidad para optar por sobreseer la causa directamente, la que se da cuando se configuran los presupuestos descritos en el artículo 344, inciso 2.



Respecto al control formal, el acuerdo plenario estipula que este «es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352, inciso 2 precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349, inciso 1 –en una discusión que debe preceder al análisis de los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar– lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar solo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones». En este caso, el juez de la investigación preparatoria optará por devolver los actuados al fiscal para las subsanaciones correspondientes, pudiendo suspender la audiencia hasta por cinco días, siempre que concurren los supuestos mencionados en el artículo 349, inciso 1.

XII. CONCLUSIONES

1. La etapa intermedia, como institución instalada formalmente con el NCPP, basa su importancia en el saneamiento de la causa después de la investigación preparatoria, a fin de corroborar si la misma fue realizada de forma correcta y acorde al sistema acusatorio, con el objetivo de que se dicte un pronunciamiento sobre si la causa corresponde o no ser conducida a juzgamiento oral.
2. La etapa intermedia garantiza el beneficio del principio de presunción de inocencia, en tanto permite que la decisión de someter a juicio oral al acusado no sea apresurada, superflua ni arbitraria, por tanto, constituye un filtro entre las otras dos etapas (investigación preparatoria y juicio oral), que muchos autores denominan «saneamiento procesal».
3. La acusación se emitirá únicamente cuando el fiscal, después de haber analizado los actos de investigación practicados durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria, estas le conduzcan a la determinación de que se ha cometido un ilícito y se han identificado correctamente a los autores y partícipes del mismo, y se ha formado certidumbre de que los elementos de convicción –que fundamentan el requerimiento acusatorio– son suficientes.
4. El sobreseimiento, es decir, la resolución judicial que acepta la solitud de archivamiento de la causa, puede ser instada por cualquiera de las



partes procesales: juez de la investigación preparatoria, el fiscal y procesado o su defensa. En el caso del representante del Ministerio Público, el solicitarlo no será una facultad, sino un deber siempre que, de los hechos investigados, resulte que no corresponde formular acusación, solicitar pena, reparación civil.

5. El régimen de audiencias y la oralidad imperantes en el NCPP se manifiesta en la audiencia preliminar (o de control de la acusación) y en la audiencia de control de sobreseimiento, en las cuales los argumentos sostenidos durante dichas actuaciones procesales pesa mucho más que la presentación de recursos y el culto a la escrituralidad, que imperaron en el sistema de etapa intermedia del CdePP.
6. Ha sido mediante el Acuerdo Plenario N. 6-2009/CJ-116 que se ha considerado «formalmente» la existencia de una etapa intermedia dentro del proceso ordinario del CdePP, en la cual también se podrá cuestionar la acusación, pero únicamente por cuestiones de forma, no de fondo, en tanto no se implemente el NCPP.
7. La importancia superlativa de este estadio procesal, en tanto una correcta exigencia de las actuaciones de todas las partes procesales, es necesaria para una mejor administración de justicia en nuestro país, cumpliéndose así los fines del proceso: tomar una decisión correcta sobre la responsabilidad del imputado, la misma que debe ser acorde al ordenamiento jurídico, reestableciéndose la paz social²⁹.



COMENTARIO 2:

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

**“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia
de los juicios es una historia de errores” (Ferrajoli)**

OMAR DUEÑAS CANCHES

I. PREÁMBULO

Carnelutti opinaba: “El Derecho no puede hacer milagros y el proceso todavía menos. Mientras las leyes son obedecidas, todo va bien, o al menos permanecen ocultos los defectos; es la desobediencia la que los hace salir fuera. El proceso, se ha dicho, y el proceso penal más que ningún otro, descubre las contradicciones del Derecho, el cual se ingenia para superarla”¹.

Es esta la razón de la búsqueda de un modelo procesal en el cual se respeten los derechos del imputado como los de la víctima por igual; al fin y al cabo, al imputado se le probarán su culpabilidad al final del proceso y, mientras dure este, el imputado no se convertirá en víctima del sistema penal. Hoy en día, no cabe duda que el modelo que lo permite sea el acusatorio garantista, modelo que en nuestro país entrará en vigencia este año.

El nuevo Código Procesal Penal aprobado con Decreto Legislativo N° 957, de 24/07/2004, tiene una estructura e instituciones edificadas sobre la base del modelo acusatorio, caracterizado por la separación de las funciones de investigación y de juzgamiento; el juez no procede de oficio; no puede condenar a una persona distinta de la acusada, ni por los hechos distintos de los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios del juzgamiento; la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, etc.

Además tenemos que resaltar la implantación de la oralidad, en la medida que permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad, permitiendo un mayor acercamiento y control de la sociedad hacia los encargados de impartir justicia en nombre del Estado.

1 CARNELUTTI, Francesco. *Misericordias del proceso penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1989, pág. 69.



Según nuestro nuevo texto procesal penal, en la etapa intermedia, se decide si existe o no suficiente fundamento para pasar a la etapa de juzgamiento. De esta manera, el juez de la investigación preparatoria decidirá, luego de escuchar a las partes, si existen fundamentos para aceptar la acusación propuesta por el fiscal, o si debería dictar el sobreseimiento de la causa.

En la etapa intermedia, el juez verificará la información que le es brindada por las mismas partes, interrogando a ambas, es decir, valorando los distintos puntos de vista existentes; asimismo revisará la documentación y demás elementos contenidos en la investigación.

II. CONCEPTO

Para Binder²: “La etapa intermedia se funda en la idea de que los juicios deben ser preparados convenientemente y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Esta etapa consiste en una discusión preliminar sobre las condiciones de fondo de cada uno de los actos o requerimientos conclusivos”.

En el Código Procesal Penal de 2004, la etapa intermedia es la segunda etapa del proceso penal; la cual se caracteriza, porque es dirigida por el juez de la investigación preparatoria y se funda en la idea de que los juicios deben ser previamente preparados, a fin de que lleguen a ellos solo los conflictos realmente relevantes. Por eso, en esta etapa se evalúa la investigación preparatoria y culmina en la decisión judicial que se opte: o expedir la resolución de sobreseimiento o continuar el proceso (la acusación fiscal, el desarrollo de la audiencia preliminar y el auto de enjuiciamiento).

Con el sistema procesal penal del C de PP, esta etapa es considerada como un momento entre la etapa de investigación preparatoria y el juzgamiento, como los actos preparatorios para la audiencia, que tenía que darse en un período muy breve; en tanto las dos fases del proceso penal constituyen una “unidad valorativa”³.

III. DISCUSIÓN

Existe una discusión en cuanto si la etapa intermedia es o no una etapa del proceso penal. Aquí veremos lo que piensan algunos autores:

² BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª edición. Edit. Ad-Hoc S.R.L. Buenos Aires, 2000, pág. 245.

³ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. Edit. Palestra Editores. Lima, 2003, pág. 419.

1. Los que sostienen que no es una etapa independiente

- Mauricio Duce y Cristina Riego⁴ resaltan la característica de esta etapa como la del control de la acusación, ya que existen dos fases dentro de la etapa de la investigación, postulando la existencia de la fase anterior a la formalización de la investigación y la fase posterior a la formalización de la investigación.
- J. L. Gómez Colomer⁵ niega la existencia de esta etapa, porque el dictado del auto de sobreseimiento o la presentación de la acusación y la preparación de la apertura del juicio, constituye una resolución específica sobre la acción penal, es decir, negando que haya acusación (sobreseimiento) o afirmando que la hay (auto de enjuiciamiento).
- Cubas Villanueva⁶ considera: “Los actos procesales que se dan en los actos preparatorios son de análisis de lo actuado en la fase de la investigación. Es solo un nexo de control entre las dos fases del proceso penal”. Para el citado autor, este momento del proceso no es independiente de aquellos dos, sin reparar en la importancia que tiene en un proceso el hacer un alto en la primera etapa para analizar lo que se ha actuado, y que luego de un análisis del caso, el fiscal decida si se ingresará a la siguiente etapa a través de la acusación fiscal, o si solicita el sobreseimiento del caso.

2. Los que sostienen que sí es una etapa independiente

- Beling sostiene la independencia procesal en esta etapa, llamada también “procedimiento sobre la apertura” en alusión a la decisión más importante del procedimiento intermedio⁷.
- Sánchez Velarde señala: “En esta etapa intermedia el fiscal superior puede pedir el archivamiento del proceso, o formular acusación, o pedir la ampliación de la instrucción; también es factible la consulta del fiscal supremo penal cuando la sala discrepa de la opinión de archivo del fiscal superior; se pueden plantear medios de defensa; hacer peticiones de libertad provisional; ofrecer pruebas; formular recusaciones, entre otras. Se trata de una etapa importante del

4 DUCE J. Mauricio; RIEGO R. Cristian. *Introducción al nuevo sistema procesal penal*. Vol. I. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2002, pág. 129.

5 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. El proceso penal español. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 1. Año 1. Edit. Cultural Cuzco. Lima, ene-jun 1993, pág. 124.

6 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. Ob. cit., pág. 420.

7 BELING, E. *Derecho Procesal Penal*. Edit. Labor. Barcelona. 1943, p. 272.



proceso por la trascendencia de las decisiones y actuaciones judiciales; en esencia, se puede afirmar que en esta fase se definen la continuación del proceso penal”⁸.

IV. FINALIDAD

Esta etapa es importante para el proceso por la trascendencia de las decisiones y actuaciones judiciales que comprende; porque de ella depende la continuación o no del proceso penal.

J. Maier⁹ apunta “que el fin esencial que persigue el procedimiento intermedio es el control de los requerimientos acusatorios o conclusivos del Ministerio Público, que hacen mérito de la etapa preliminar, porque la justificación política en esta etapa es de prevenir la realización de juicios mal provocados por acusaciones con defectos formales o insuficientemente fundada”.

La etapa intermedia cumple la función de discusión o debate preliminar sobre los actos o requerimientos conclusivos de la investigación. El profesor argentino Binder señala: “El imputado y su defensor podrán objetar la acusación porque carece de suficiente fundamento y se pretende someter a juicio a una persona sin contar con los elementos necesarios para poder probar esa acusación. También se puede objetar que el hecho descrito en la acusación no constituye delito o que comparta un delito distinto al considerado en ese requerimiento. Esta discusión preliminar puede incluir el planteo de distintas excepciones que ataquen aspectos sustanciales del ejercicio de la acción y también planteos formales”¹⁰.

V. FUNCIONES

A la etapa intermedia se le atribuyen las siguientes funciones:

1. Funciones principales

Las cuales pueden ser: i) De carácter positivo, cuando en ella se dilucidan si concurren los presupuestos del juicio oral, esto es, si se ha acreditado la existencia de un hecho punible y se ha determinado a su presunto au-

8 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Edit. Idemsa. Lima, 2004, págs. 540-541.

9 MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal alemana*. (Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino). Vol. 1. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1978, pág. 165.

10 BINDER, Alberto M. Ob. cit., pág. 248.



tor; y ii) De carácter negativo cuando en ella se depura la “noticia criminal” o denuncia para evitar que los inculpados, cuya inocencia esté evidenciada en lo actuado en la instrucción, puedan ser acusados, cuando inevitablemente el juez habrá de pronunciar una sentencia absolutoria.

2. Funciones accidentales

Como sostiene G. Sendra¹¹, son de tres órdenes:

- Depuración del procedimiento: destinada a resolver, con carácter previo, la existencia o no de presupuestos procesales, de excepciones, de cuestiones previas y prejudiciales y cuestiones de competencia.
- Complementación del material instructorio: Destinado a dilucidar si la instrucción se encuentra debidamente agotada o no, en cuyo caso se dispondrá la concesión de un plazo ampliatorio para la actuación de nuevas diligencias, siempre que el fiscal así lo requiera.
- Complementación de la imputación, destinada a posibilitar que el fiscal superior proponga la investigación de otro delito, que fluye de la denuncia o de la instrucción, o que se comprenda a otras personas en los hechos delictivos investigados. En ambos supuestos, el juez dispondrá, si está de acuerdo con hacerlo, la ampliación del plazo instructorio.

VI. DESARROLLO DE LA ETAPA INTERMEDIA

A diferencia del Código Procesal Penal de 2004, la legislación actual presenta tres opciones o vías que puede seguir el fiscal:

- Solicitar la ampliación de la instrucción, por una única vez, y pedir la actuación de otras pruebas que considere necesarias siempre que la prueba sea posible de actuarse y que no pudiera practicarse en el juicio oral.
- Solicitar el archivamiento del proceso: i) cuando esté comprobada la existencia del delito, pero no la responsabilidad del inculpado, se archivará provisionalmente el proceso; y ii) cuando no esté comprobada la existencia del delito, el archivamiento tendrá carácter definitivo.
- Formular acusación fiscal y presentarla al juez instructor para que haga los preparativos necesarios para pasar a la siguiente etapa.

11 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; ALMAGRO NOSETE, José. *Derecho procesal*. T. II (Proceso penal). 4ª edición. Edit. Tirant lo Blanch. Valencia, 1992, pág. 402.



El Código Procesal Penal de 2004 establece dos fases: el sobreseimiento y la acusación, cuyo análisis haremos más adelante (vide infra).

1. Delimitación

Según el Código Procesal Penal de 2004, la etapa intermedia comienza cuando el juez ordena la conclusión de la etapa de la investigación preparatoria, sea que haya concluido el plazo de la investigación o se hayan acumulado todas las actuaciones o diligencias en orden a la comprobación del delito y averiguación del presunto responsable; correspondiéndole al fiscal, dentro del plazo de diez días, pronunciarse solicitando el sobreseimiento o formulando la acusación (artículo 343).

Terminará cuando el juez de la etapa de juzgamiento emita el auto de citación a juicio, la cual será notificada al Ministerio Público y a las partes (artículo 355).

2. Alternativas del fiscal

Como Sánchez Velarde¹² nos aclara: “(...) en el procedimiento ordinario, el Ministerio Público cumple con su función de defensa de la legalidad y específica de perseguidor del delito y del autor cuando hay prueba que lo sustente; o de culminar con su acción persecutoria. Si no las tiene, la titularidad y monopolio en el ejercicio público de la acción penal es exclusiva de su función penal y con tales presupuestos debe de decidir, luego de la culminación de la instrucción y de analizados los informes, cual ha de ser el camino procesal a seguir”.

a) Sobreseimiento

El sobreseimiento, en palabras del maestro Ginemo Sendra¹³, es la resolución firme emanada del órgano jurisdiccional competente en la fase intermedia, mediante la cual se pone fin a un procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad o de la mayoría de los efectos de la cosa juzgada. El Tribunal, al resolver, tiene que pronunciarse sobre todos los delitos materia de la investigación, respecto de los cuales se solicita el sobreseimiento.

En el Código Procesal Penal de 2004, esta fase tiene carácter definitivo e implica el archivamiento definitivo de la causa con relación al imputa-

12 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Ob. cit., pág. 542.

13 GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor; CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; ALMAGRO NOSETE, José. Ob. cit., pág. 417.



do, en cuyo favor se dicte, y tiene la autoridad de cosa juzgada. En este auto se levantará las medidas coercitivas, personales y reales que se hubieran expedido contra la persona o bienes del encausado. A este auto puede interponérsele un recurso de apelación, pero esta impugnación no impide que proceda la inmediata liberación del imputado.

Habiendo concluido la investigación preparatoria, el fiscal decidirá –dentro del plazo de quince días– que, no habiendo causa para formular acusación, se proceda al archivamiento del proceso. Las razones del sobreseimiento serán:

- 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 culpabilidad o de no punibilidad;
- La acción penal se ha extinguido; y
- No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

El fiscal enviará al juez de la investigación preparatoria el requerimiento del sobreseimiento acompañado del expediente fiscal. El juez correrá traslado del pedido de la solicitud a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días. Estos podrán formular oposición a la solicitud de archivo dentro del plazo fijado (artículo 345).

Luego, el juez se pronunciará (según el artículo 346), dentro de los quince días de plazo; si considera fundado, el requerimiento del fiscal dictará el auto de sobreseimiento, si no lo considerara procedente, expedirá un auto elevando las actuaciones al fiscal superior para que ratifique o rectifique la solicitud del fiscal provincial. La resolución judicial deberá explicar las razones en que se funda su desacuerdo.

El fiscal superior se pronunciará en un plazo de 10 días y con su decisión culminará el trámite. Ahora, si el fiscal superior ratifica el requerimiento de sobreseimiento, el juez de la investigación preparatoria, sin más trámite, dictará el auto de sobreseimiento; pero si el fiscal superior no está de acuerdo con el requerimiento del fiscal provincial, ordenará a otro fiscal que formule la acusación.

El juez de la investigación preparatoria, en el caso de que los sujetos procesales hubieren formulado oposición al sobreseimiento, si lo considera admisible y fundada la oposición, dispondrá la realización de una investigación suplementaria, indicando el plazo y las diligencias que el

fiscal debe realizar. Cumplido ese trámite, no procederá oposición ni disponer la concesión de una ampliación del plazo (artículo 347 inciso 2).

En el Código Procesal Penal de 2004 existe dos casos de sobreseimiento (artículo 348 incisos 1 y 2):

- **Total:** cuando comprende todos los delitos y a todos los imputados.
- **Parcial:** cuando solo se circunscribe a algún delito o a algún imputado, de los varios que son materia de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. En este caso, continuará la causa respecto de los demás delitos o imputados no comprendidos en el sobreseimiento.

b) Acusación

La acusación fiscal es el pedido fundamentado que formula el fiscal para que se inicie la etapa de juzgamiento contra un inculpado, por un hecho delictuoso determinado, al considerar que él es su autor, solicitando que se le imponga la pena prevista para dicho delito.

El Código Procesal Penal peruano de 2004, en su artículo 350, establece cuál es el trámite en esta etapa. Si el fiscal expide el dictamen de acusación, deberá notificar a las partes, y en el plazo de diez días, las partes podrán realizar lo siguiente:

- Podrán efectuar observaciones sobre los defectos formales de esta acusación;
- Deducir excepciones y otros medios de defensa que aún no hubieran sido interpuestos o basados en hechos nuevos;
- Solicitar la vigencia o revocación de una medida de coerción;
- Pedir la actuación de prueba anticipada, así como el sobreseimiento de la causa; instar la aplicación del criterio de oportunidad;
- Ofrecer pruebas para el juicio adjuntando la lista de testigos, peritos y documentos;
- Objetar o solicitar el incremento de la reparación civil; y
- Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar el juicio.

La acusación solo puede referirse a los hechos y personas que estuvieron comprendidos en la formalización de la investigación preparatoria, aunque variara su calificación jurídica. La novedad que trae este nuevo Código Procesal Penal es que faculta a la Fiscalía para señalar, en forma alternativa o subsidiaria, las circunstancias fácticas que permitirán hacer la calificación de la conducta del imputado en un tipo penal distinto.



También deberá indicar el fiscal cuáles fueron las medidas de coerción que dictó previamente durante la investigación preparatoria.

Por todo ello, Mixán Mass¹⁴ apunta que en la acusación fiscal se refleja:

- Que el acusador conoce exhaustivamente los medios probatorios que contiene el proceso y los ha valorado técnico-jurídicamente.
 - Que ha razonado eficientemente sin incurrir en sofismas ni en paralelismos y que han aplicado las categorías de la lógica bivalente y trivalente necesarias.
 - Que se ha empleado con rigor las categorías jurídicas y la terminología jurídica.
 - Que ha realizado una argumentación coherente y sin omisiones.
 - Que los hechos han sido identificados, constatados y tipificados correctamente al expedir el auto de apertura de instrucción.
 - Que, en caso de pluralidad de procesados y/o delitos, se destaquen con nitidez las diferencias específicas necesarias para las correctas individualizaciones.
 - Que se haya aplicado la teoría de los actos procesales para el análisis de la actividad probatoria desarrollada en el proceso.
 - Que su conclusión sea fruto de una inferencia consistente y la concreción del principio de razón suficiente.
- **Características**
 - En esta etapa, el proceso penal pierde el curso lineal del modelo inquisitivo, pues se ofrece una amplia gama de posibilidades para la actuación de los sujetos procesales, ya que pueden solicitar excepciones, medidas de coerción, prueba anticipada, criterio de oportunidad, ofrecer pruebas para el juicio.
 - Es el escenario en donde la estrategia y la planificación de los principales actores confrontados en el proceso penal empezará a plasmarse.
 - Los sujetos procesales podrán presentar al juez los hechos no controvertidos, de modo tal que el magistrado los dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio (pueden oponer-

14 MIXAN MASS, Florencio. "Los sujetos procesales en el procedimiento penal". En: *Revista peruana de Derecho Procesal*. Lima, págs. 325-326.



se de acuerdo con determinados aspectos parciales, reservando para el juicio solo aquellos que se asumen que son relevantes del conflicto).

3. Audiencia preliminar

Esta se realizará ante el juez de la investigación probatoria, previo al auto de enjuiciamiento. En esta audiencia, el juez examinará las peticiones de las partes, pero sin entrar al fondo del asunto, sin actuar la prueba en ese momento, pues ello compete a la etapa de juzgamiento.

La realización de esta audiencia permite entender por qué se denomina a este momento procesal "etapa intermedia". La intención del legislador fue la de distinguir bien las dos etapas donde se desarrollan los actos de investigación y los actos de prueba. A la etapa de investigación preparatoria le corresponde los actos de investigación y acumulación de pruebas; a la etapa intermedia le corresponde la definición de la materia que será la base del trabajo del juicio; mientras que a la etapa de juzgamiento le corresponde la actuación y valoración de los medios de prueba y sentencia.

Entonces, en la etapa intermedia se tratarán todos aquellos hechos que no corresponden al núcleo mismo del juzgamiento; es decir, en esta etapa se verán:

- La resolución de las cuestiones previas.
- Los defectos formales.
- Las medidas de coerción.
- Los criterios de oportunidad.
- El ofrecimiento de las pruebas que se actuarán en el juicio.
- Las expectativas reparatorias y cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor esta etapa.

A decir de la Dra. Rosa Mavila: "Comparativamente y guardando las distancias dogmáticas y de naturaleza, podríamos decir que el centro de las diligencias de la etapa intermedia es la audiencia preliminar, la que metodológicamente se asemeja a la audiencia de saneamiento del proceso civil vigente en el Perú, en tanto permite ordenar los aspectos controvertidos y definir cuáles serán las pruebas que se actuarán en el juicio oral"¹⁵.

15 MAVILA LEÓN, Rosa. *El nuevo sistema procesal penal*. Edit. Jurista Editores. Lima, 2005, pág. 134.



El Código Procesal Penal de 2004, en su articulado 351, fija que no se actuarán diligencias de investigación o de pruebas específicas, salvo el trámite de la prueba anticipada y a la presentación de la prueba documental. Tampoco se admitirán la presentación de escritos.

Las decisiones que se pueden adoptar en la audiencia preliminar, según el artículo 352 del Código Procesal Penal de 2004, serían:

- Finalizada esta audiencia, el juez resolverá todas las cuestiones planteadas.
- Si la acusación presenta defectos que hagan que sea necesario un nuevo análisis del Ministerio Público, el juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por 5 días para que corrija el defecto, luego del cual reanudará el proceso. Los otros defectos de menos importancia se podrán subsanar durante la audiencia.
- De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.
- El sobreseimiento se podrá dictar de oficio, o a pedido del acusado o su defensa cuando concurren los requisitos establecidos en el numeral 2 del artículo 344, siempre que no se pueda incorporar dentro del juicio oral nuevos elementos de prueba.
- Para la admisión de los medios de prueba ofrecidos se requiere que: la prueba aporte para el conocimiento del caso, y que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil.
- La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo establecido en el artículo 350 inciso 2, no es recurrible.
- La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, esta se realizará en acto aparte, conforme lo dispuesto en el artículo 245, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Podrá dirigirla un juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado.

4. Auto de enjuiciamiento

El auto de enjuiciamiento es el producto de la audiencia preliminar, pues contiene el nombre de los imputados y agraviados, el delito en materia de acusación fiscal, los medios de prueba admitidos, el seña-



lamiento de las partes constituidas en el proceso y el orden de envío de los actuados al juez, según establece el artículo 353 del nuevo Código Procesal Penal. El juez se pronunciará sobre la procedencia o subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución y, por último, el juez de la investigación preparatoria. También, según el artículo 354, deberá notificar al Ministerio Público y las partes, y por último enviará todo lo actuado al juez de la etapa de juzgamiento y se pondrá a su orden los presos preventivos.

Estas resoluciones se limitarán a aceptar los términos de la acusación fiscal en tanto deba procederse a la realización de la etapa de juzgamiento. Debe de entenderse que es la acusación fiscal la que orienta el proceso ante el órgano jurisdiccional, en palabras del maestro peruano César San Martín¹⁶.

VII. UNIFORMIDAD DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN LATINOAMÉRICA

Maier¹⁷ pensó que la necesidad y sentido de un nuevo Código modelo era la de buscar una uniformidad legislativa en Latinoamérica. Decía que ahora comprende a la comunidad cultural hispano-luso hablante alcanzar aquel objetivo, sentada sobre las bases y sin perjuicio de las características propias de cada región. Es una vieja aspiración de algunos grandes hombres, fundadores de nuestros países o de nuestras sociedades políticas; pero también, la búsqueda de la uniformidad legislativa es un proceso que lleva muchos años y debe de generar, sin demora, mayores frutos y propuestas concretas.

Este proceso se enmarca en la tarea de construir lazos firmes y profundos de integración cultural y de consonancia política.

Elaborar un Código modelo significa elaborar un modelo institucional, una propuesta básica, pero concreta y operativa, de un conjunto de mecanismos aptos para solucionar los conflictos sociales, de un modo pacífico y a través de las instituciones judiciales.

Ahora, esto ya parece una realidad, porque haciendo un análisis comparado en las legislaciones de Latinoamérica, casi todo los países de nues-

16 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. T. I. 2ª edición. Edit. Grijley. Lima, 2003, pág. 628.

17 MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal argentino*. Vol. 1. Edit. Hammurabi S.R.L. Buenos Aires, 1989, pág. 294.



tra región cuentan desde hace algunos años con códigos procesales penales modernos. Tienen un modelo procesal penal de tipo acusatorio-garantista, basado en la separación de funciones en la etapa de investigación y de juicio oral; el juez no procede de oficio, ni puede condenar a una persona distinta a la acusada, ni por hechos distintos a los imputados; el proceso se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad; la garantía de la oralidad es en esencia la misma que el juzgamiento; y la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso.

Es el caso de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, El Salvador, Paraguay y Venezuela. Esta tendencia a la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Ahora, con la puesta en vigencia de este nuevo Código Procesal Penal, el Perú se encuentra en la lista de naciones que poseen Código Procesal Penal moderno.

VIII. CONCLUSIONES

- Nuestro sistema procesal penal, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de 2004, pasará de ser un sistema mixto a ser eminentemente acusatorio. Entonces, el juez decidirá sobre el requerimiento de sobreseimiento formulado por el fiscal.
- El sistema acusatorio confiere al fiscal la libertad de investigación para buscar y verificar los hechos que son materia tanto de la acusación penal como de la acusación fiscal.
- En esta etapa se da la transferencia de la centralidad del poder que venía asumiendo el juez hacia el fiscal. Se analiza todo lo actuado hasta ese momento y se verá si hay motivo para entrar a la etapa de juzgamiento.
- La etapa intermedia tiene como finalidad resolver la procedencia de la acción penal o la desestimación, con fundamento en los resultados obtenidos durante la investigación preparatoria, es decir, que si el fiscal estima la existencia de un supuesto delito dictará la resolución que da inicio a la instrucción fiscal; pero si considera que de la recaudación existente no hay razón para la procedencia del enjuiciamiento, mediante requerimiento fundamentado, solicitará al juez el archivo de la denun-



cia cuando sea de manifiesto que el acto no constituye delito o cuando exista algún obstáculo legal para el desarrollo del proceso.

- Corresponde al fiscal no únicamente la investigación o acusación en el proceso penal, sino también la calificación jurídica de los resultados de esa investigación (resolución de acusación) con relación al hecho punible. Es por esta razón que la etapa intermedia no es una etapa dependiente, como piensan algunos autores, de la anterior o posterior etapa a ella. Esto es algo que no se ha analizado con calma.
- La existencia de una etapa intermedia tiene su fundamento en el hecho de que para abrir el juicio oral y público, que es en esencia la etapa de contradicción o debate, debe ser preparada en forma mesurada y responsable, realizando un control destinado a sanear los vicios formales de la acusación del Ministerio Público y la del querellante, todo ello durante la audiencia preliminar.
- Se realza que el juez de la etapa de la investigación preparatoria velará especialmente que en la audiencia preliminar no se pretenda resolver cuestiones que son propias de la etapa de juzgamiento.

TÍTULO II LA ACUSACIÓN

Artículo 349. Contenido

1. *La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:*
 - a) *Los datos que sirvan para identificar al imputado;*
 - b) *La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;*
 - c) *Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;*
 - d) *La participación que se atribuya al imputado;*
 - e) *La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;*
 - f) *El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;*
 - g) *El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo; y,*
 - h) *Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones o exposiciones. Asimismo, hará una reseña de los demás medios de prueba que ofrezca.*
2. *La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica.*
3. *En la acusación el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa del imputado.*
4. *El Fiscal indicará en la acusación las medidas de coerción subsistentes dictadas durante la Investigación Preparatoria; y, en su caso, podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda.*



JURISPRUDENCIA SOBRE CONTROL DE ACUSACIÓN

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA V PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N° 6-2009/CJ-116

FUNDAMENTO: ARTÍCULO 116 TUO LOPJ
ASUNTO: CONTROL DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Lima, trece de noviembre de dos mil nueve.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

- 1°. Las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial, mediante Resolución Administrativa número 221-2009-P-PJ, del 5 de agosto de 2009, con el apoyo del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el V Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.
- 2°. Para estos efectos se realizaron varios encuentros previos con los Secretarios, Relatores y Secretarios de Confianza de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia y tres reuniones preparatorias sucesivas con los señores Jueces Supremos de lo Penal a fin de delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse, luego de una previa revisión de los asuntos jurisdiccionales a su cargo y de una atenta valoración de las preocupaciones de la judicatura nacional. Con el concurso de la Secretaría Técnica, luego de los debates correspondientes, se



estableció el día de la fecha para la realización del V Pleno Jurisdiccional Penal, aprobado por Resolución Administrativa número 286-2009-P-PJ, del 12 de octubre de 2009, y se definieron los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. De igual manera se designó a los señores Jueces Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Juez Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.

- 3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las distintas resoluciones de los Tribunales Superiores y Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre el control de la acusación escrita del Ministerio Público, tanto en el antiguo Código de Procedimientos Penales –en adelante, ACPP– como en el nuevo Código Procesal Penal –en adelante, NCPP–. En especial, la definición e identificación de los elementos que integran la acusación, el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional ante los posibles defectos de la acusación, la oportunidad para hacerlo, la potestad *ex officio* de control y los distintos problemas que enfrentan el juez y las partes para definir la corrección de la acusación como presupuesto del juicio oral.
- 4°. En cumplimiento de lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. En atención a la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.
- 5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emi-



tió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor SAN MARTÍN CASTRO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. *La acusación fiscal. Alcances jurídico procesales.*

6°. La acusación fiscal es un acto de postulación del Ministerio Público que promueve en régimen de monopolio en los delitos sujetos a persecución pública (artículos 159.5 de la Constitución, 1 y 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público –en adelante, LOMP, 219 ACPP y 1, 60 y 344.1 NCPP). Mediante la acusación, la Fiscalía fundamenta y deduce la pretensión penal; esto es, la petición fundamentada dirigida al órgano jurisdiccional para que imponga una sanción penal a una persona por la comisión de un hecho punible que se afirma que ha cometido. La Fiscalía, como se sabe, en virtud del principio de legalidad u obligatoriedad, está obligada a acusar cuando las investigaciones ofrecen base suficiente sobre la comisión del hecho punible atribuido al imputado (expresamente, artículo 344.1 NCPP).

La acusación fiscal debe cumplir determinados requisitos que condicionan su validez, y que corresponde controlar al órgano jurisdiccional. Con independencia de los presupuestos procesales, cuya ausencia impide al órgano jurisdiccional entrar a examinar el fondo de la pretensión, la acusación fiscal debe expresar, de un lado, la legitimación activa del fiscal como tal –cuya intervención solo es posible en los delitos de persecución pública– y la legitimación pasiva del acusado, quien desde el Derecho penal debe tratarse no solo de una persona física viva sino que ha debido ser comprendido como imputado en la etapa de instrucción o investigación preparatoria y, por ende, estar debidamente individualizado. De otro lado, desde la perspectiva objetiva, la acusación fiscal ha de respetar acabadamente los requisitos objetivos referidos a la causa de pedir: fundamentación fáctica y fundamentación jurídica, y al *petitum* o petición de una concreta sanción penal.

Por otro lado, la acusación fiscal, ante la acumulación del proceso civil al proceso penal (artículo 92 del Código Penal –en adelante, CP–), también importa la introducción de la pretensión civil, basada en los daños y perjuicios generados por la comisión de un acto ilícito. En función a su característica singular, la acusación fiscal ha de señalar tanto la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios en la esfera patrimonial del perjudicado causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida,



como la persona o personas que aparezcan responsables –que han debido ser identificadas en una resolución judicial dictada en la etapa de instrucción o investigación preparatoria– y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esa responsabilidad.

- 7°. Los artículos 225 ACPP, 349 NCPP y 92.4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público identifican el contenido de la acusación fiscal y condicionan su eficacia procesal. La característica común de las normas citadas, desde una perspectiva subjetiva, es la necesidad de una identificación exhaustiva del imputado, quien ha de haber sido comprendido como tal mediante un acto de imputación en sede de investigación preparatoria o instrucción –fiscal o judicial, según se trate del NCPP o del ACPP, respectivamente–. Desde la perspectiva objetiva, la acusación debe mencionar acabadamente la fundamentación fáctica, indicar con todo rigor el título de condena y concretar una petición determinada, así como el ofrecimiento de medios de prueba.

Formalmente, además de su carácter escrito, la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad civil, con mención fundamentada del resultado de las investigaciones. Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico - penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

- 8°. La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación.

Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria –según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente–, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido

objeto de investigación, y que no se altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y la homogeneidad del bien jurídico tutelado. Lo expuesto no hace sino ratificar que ambas decisiones –judicial una y fiscal otra– determinan la legitimación pasiva y se convierten en el requisito previo de la acusación, con lo que evitan las acusaciones sorpresivas y robustecen el derecho de todo ciudadano al conocimiento previo de la acusación; derecho último, que integra la garantía de defensa procesal, y que no implica convertir el auto de apertura de instrucción o la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria en un escrito de acusación.

Una regla expresa sobre esa vinculación relativa del fundamento jurídico de la causa de pedir se encuentra en el artículo 349.2 NCPP, que incluso autoriza un cambio en la calificación jurídica, siempre –claro está– con pleno respeto del principio acusatorio, que exige en este nivel, de un lado, identidad esencial –es decir, total o parcial– entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusados, y, de otro lado, respeto de la homogeneidad del bien jurídico protegido por el ordenamiento sustantivo. En tanto se trata de un acto de postulación, que es objeto de conocimiento del acusado y respecto del cual se iniciará el juicio oral, no es de recibo sostener que tal proceder del fiscal vulnera el principio de contradicción o lesiona la garantía de defensa procesal.

§ 2. El control de la acusación en el ACPP.

- 9°. Como todo acto postulatorio, más aún cuando constituye la base y el límite del juicio oral, la acusación fiscal, en cuanto debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos legalmente previstos, está sujeta al control jurisdiccional, incluso de oficio, imprescindible para evitar nulidad de actuaciones. El marco del control, sin embargo, solo debe incidir en aquellos aspectos circunscripto a los juicios de admisibilidad y procedencia, sin que sea dable realizar análisis probatorio alguno ni emitir pronunciamientos sobre el fondo, salvo expresa autorización legal y en la medida de que no genere indefensión material en perjuicio del acusador.

El control, como corresponde, debe realizarse sin mengua del principio de contradicción y de la garantía de tutela jurisdiccional. En consecuencia, interpretando en clave constitucional el artículo 229 ACPP, será menester que previamente a la calificación judicial de la acusación fiscal se corra traslado por un plazo judicial –definido en función a las características y complejidad de la causa– a las demás partes.

- 10°.** Vencido el plazo establecido, con la contestación o no de las partes, el órgano jurisdiccional analizará, en primer lugar, el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación. Es decir, si ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 225 ACPP. El Fiscal ha de desarrollar en su escrito de acusación los extremos señalados en el párrafo 7°. Su ausencia y, en especial, cuando el Tribunal entendiera, indistintamente, (i) que el petitorio o *petitum* sea incompleto o impreciso, (ii) que el fundamento de hecho o relato de los hechos fuere insuficiente –no circunstanciado–, vago, oscuro o desordenado, o (iii) que la tipificación no se defina en debida forma ni mencione el conjunto de circunstancias de la responsabilidad penal necesarias para la debida individualización, fáctica y jurídica del hecho acusado, deberá devolver mediante resolución motivada e irrecurrible –tal decisión no está prevista en el artículo 292 ACPP– las actuaciones al Fiscal acusador para que se pronuncie sobre el particular y, en su mérito, proceda a subsanar –si correspondiere– las observaciones resaltadas judicialmente.
- 11°.** El alcance del control de la acusación también puede comprender aquellos ámbitos o instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez su control o ejercicio de oficio.

Se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional –la jurisdicción y competencia penales– y a la causa –excepciones procesales–. Desde luego, el órgano jurisdiccional puede instar de oficio el trámite para su decisión, pero antes debe conceder a las partes la oportunidad para que se pronuncien al respecto. Resolver de oficio no significa hacerlo sorpresivamente, sino propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión.

Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida.

§ 3. El control de la acusación en el NCPP.

- 12°.** La etapa intermedia en el NCPP se afilia al sistema legal de la obligatoriedad del control del requerimiento fiscal. El Juez de la Investigación Preparatoria es el encargado de realizar el control de legalidad de la acusación fiscal, esto es, verificar la concurrencia de los presupuestos legales que autorizan la acusación fiscal –ese, y no otro, es su ámbito funcional–.

El procedimiento de la etapa intermedia consta de dos fases: oral y escrita. Las distintas posibilidades que tiene el Juez de la Investigación



Preparatoria frente a la acusación fiscal, según los artículos 350/352 NCPP, pueden concretarse luego del trámite de traslado a las demás partes –nunca antes– (fase escrita) y de la realización de la audiencia preliminar (fase oral, que plasma la vigencia calificada de los principios de oralidad y concentración). El Juez decide luego de escuchar a las todas las partes procesales, nunca antes.

13°. El artículo 350.1 NCPP autoriza a las partes proponer motivadamente ocho cuestiones o mociones específicas. Ahora bien, el control formal de la acusación fiscal, que incluso puede promoverse de oficio por el Juez de la Investigación Preparatoria –la revisión del cumplimiento de los requisitos legales de un acto procesal trascendente y la validez de la serie procesal constituye una facultad judicial inherente a la potestad jurisdiccional, enraizada en garantía misma de tutela jurisdiccional efectiva–, está contemplado en el literal a) del citado apartado 1) del artículo 350 NCPP. Éste comprende los supuestos descritos en el párrafo 9° en relación con el artículo 349 NCPP. Los defectos denunciados, en caso que se acojan, requerirán, conforme al artículo 352.2 NCPP, una decisión inmediata de devolución de las actuaciones al Fiscal, con la necesaria suspensión de la audiencia, siempre que se requiera de “...un nuevo análisis del Ministerio Público”.

14°. El control sustancial de la acusación está en función al mérito mismo del acto postulatorio del Fiscal. Negar la validez de la acusación y la consecuente procedencia del juicio oral –con independencia de la aplicación de un criterio de oportunidad, circunscripto a los supuestos del artículo 2 NCPP, y de la deducción de excepciones– solo es posible si se presentan los requisitos que permiten el sobreseimiento de la causa, los que están taxativamente contemplados en el artículo 344.2 NCPP.

Este control, por imperio del artículo 352.4 NCPP, puede ser realizado de oficio. Al Juez de la Investigación Preparatoria le corresponde decretarla, cuando la presencia de los requisitos del sobreseimiento es patente o palmaria, no sin antes instar el pronunciamiento de las partes sobre el particular.

15°. Por la propia naturaleza de ambos controles: formal y sustancial, no es posible ejercerlos conjuntamente, sino sucesivamente. El control formal es previo a toda posibilidad de análisis de mérito de la acusación. Es así que el artículo 352.2 NCPP precisa que si se advierten defectos que importan el incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 349.1 NCPP –en una discusión que debe preceder al análisis de



los demás aspectos que deben tratarse en la audiencia preliminar— lo pertinente es suspender la audiencia para su debida subsanación, luego de lo cual debe reanudarse. La decisión de formular observaciones a la acusación es una causal de suspensión de la audiencia, que será del caso instar solo cuando el defecto detectado requiera de un nuevo análisis del Ministerio Público. De no corresponder la suspensión, siempre será del caso decidirla y proseguir con la audiencia para dar paso a la discusión de las demás observaciones.

El control sustancial tiene lugar en un momento procesal distinto, luego de la subsanación de las observaciones de la acusación fiscal. Esta comprende el examen de la concurrencia de cinco elementos necesarios para la viabilidad de la acusación respecto de los cargos objeto de investigación: elemento fáctico, elemento jurídico, elemento personal, presupuestos procesales vinculados a la vigencia de la acción penal y elementos de convicción suficientes (artículo 344.1 NCPP).

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON:

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15°.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial “El Peruano”.
Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS, SAN MARTÍN CASTRO, LECAROS CORNEJO, PRA-
DO SALDARRIAGA, RODRÍGUEZ TINEO, VALDEZ ROCA, BARRIENTOS PEÑA,
BIAGGI GÓMEZ, MOLINA ORDOÑEZ, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRU-
JILLO, BARANDIARÁN DEMPWOLF, NEYRA FLORES, CALDERÓN CASTILLO,
ZEVALLOS SOTO.



Artículo 350. Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales

1. *La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstas podrán:*
 - a) *Observar la acusación del Fiscal por defectos formales, requiriendo su corrección;*
 - b) *Deducir excepciones y otros medios de defensa, cuando no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos;*
 - c) *Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada conforme a los artículos 242 y 243, en lo pertinente;*
 - d) *Pedir el sobreseimiento;*
 - e) *Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;*
 - f) *Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos que deben ser convocados al debate, con indicación de nombre, profesión y domicilio, precisando los hechos acerca de los cuales serán examinados en el curso del debate. Presentar los documentos que no fueron incorporados antes, o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos;*
 - g) *Objetar la reparación civil o reclamar su incremento o extensión, para lo cual se ofrecerán los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral; o,*
 - h) *Plantear cualquier otra cuestión que tienda a preparar mejor el juicio.*
2. *Los demás sujetos procesales podrán proponer los hechos que aceptan y que el Juez dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el Juicio. Asimismo, podrán proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados. El Juez, sin embargo, exponiendo los motivos que lo justifiquen, podrá desvincularse de esos acuerdos; en caso contrario, si no fundamenta especialmente las razones de su rechazo, carecerá de efecto la decisión que los desestime.*

Artículo 351. Audiencia Preliminar

1. *Presentados los escritos y requerimientos de los sujetos procesales o vencido el plazo fijado en el artículo anterior, el Juez de la Investigación Preparatoria señalará día y hora para la realización de una audiencia preliminar, la que deberá fijarse dentro de un plazo no menor de cinco días ni mayor de veinte días. Para la instalación de la audiencia es obligatoria la presencia del Fiscal y el defensor del acusado. No podrán actuarse diligencias de investigación o de prueba específicas, salvo el trámite de prueba anticipada y la presentación de prueba documental, para decidir cualquiera de las solicitudes señaladas en el artículo anterior.*



2. *La audiencia será dirigida por el Juez de la Investigación Preparatoria y durante su realización, salvo lo dispuesto en este numeral no se admitirá la presentación de escritos.*
3. *Instalada la audiencia, el Juez otorgará la palabra por un tiempo breve y por su orden al Fiscal, a la defensa del actor civil, así como del acusado y del tercero civilmente responsable, los que debatirán sobre la procedencia o admisibilidad de cada una de las cuestiones planteadas y la pertinencia de la prueba ofrecida. El Fiscal podrá en la misma audiencia, presentando el escrito respectivo, modificar, aclarar o integrar la acusación en lo que no sea sustancial; el Juez, en ese mismo acto correrá traslado a los demás sujetos procesales concurrentes para su absolución inmediata.*

Artículo 352. Decisiones adoptadas en la audiencia preliminar

1. *Finalizada la audiencia el Juez resolverá inmediatamente todas las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o lo complejo de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas improrrogables. En este último caso, la decisión simplemente se notificará a las partes.*
2. *Si los defectos de la acusación requieren un nuevo análisis del Ministerio Público, el Juez dispondrá la devolución de la acusación y suspenderá la audiencia por cinco días para que corrija el defecto, luego de lo cual se reanudará. En los demás casos, el Fiscal, en la misma audiencia, podrá hacer las modificaciones, aclaraciones o subsanaciones que corresponda, con intervención de los concurrentes. Si no hay observaciones, se tendrá por modificado, aclarado o saneado el dictamen acusatorio en los términos precisados por el Fiscal, en caso contrario resolverá el Juez mediante resolución inapelable.*
3. *De estimarse cualquier excepción o medio de defensa, el Juez expedirá en la misma audiencia la resolución que corresponda. Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación. La impugnación no impide la continuación del procedimiento.*
4. *El sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del acusado o su defensa cuando concurran los requisitos establecidos en el numeral 2) del artículo 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba. El auto de sobreseimiento observará lo dispuesto en el artículo 347. La resolución desestimatoria no es impugnable.^(*)*

() De conformidad con el numeral 6.1 del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1097, publicado el 01-09-2010, se adelanta la vigencia del presente inciso a los Distritos Judiciales donde aún no se encuentra vigente, respecto de los procesos señalados en el artículo 2 del citado Decreto Legislativo. Posteriormente, el citado Decreto Legislativo fue derogado por el artículo 1 de la Ley N° 29572, publicada el 15-09-2010.*



5. *La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere:*
 - a) *Que la petición contenga la especificación del probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso; y*
 - b) *Que el acto probatorio propuesto sea pertinente, conducente y útil. En este caso se dispondrá todo lo necesario para que el medio de prueba se actúe oportunamente en el Juicio. El pedido de actuación de una testimonial o la práctica de un peritaje especificará el punto que será materia de interrogatorio o el problema que requiere explicación especializada, así como el domicilio de los mismos. La resolución que se dicte no es recurrible.*
6. *La resolución sobre las convenciones probatorias, conforme a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 350, no es recurrible. En el auto de enjuiciamiento se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.*
7. *La decisión sobre la actuación de prueba anticipada no es recurrible. Si se dispone su actuación, ésta se realizará en acto aparte conforme a lo dispuesto en el artículo 245, sin perjuicio de dictarse el auto de enjuiciamiento. Podrá dirigirla un Juez si se trata de Juzgado Penal Colegiado.*

COMENTARIO:

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

JUAN R. HURTADO POMA*

I. INTRODUCCIÓN

A estas alturas del debate nacional producto de la aplicación del Código Procesal Penal, en el nuevo modelo, hay una nueva etapa denominada la ETAPA INTERMEDIA, también conocida como ETAPA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO, su

* Fiscal Provincial Penal Titular en el Distrito Judicial de Huaura, desde 2003 a la fecha integra la Primera Fiscalía Corporativa que viene aplicando el nuevo Código Procesal Penal, en el Centro Piloto del Distrito Fiscal de Huaura; ha sido Fiscal Coordinador de la Primera Fiscalía Corporativa de Huaura; es egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1980; Abogado del Ministerio de la defensa con 12 años efectivos; con Estudios concluidos en Maestría y Doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Docente universitario desde hace 10 años en la actualidad se desempeña en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión de Huacho;



función principal es controlar el REQUERIMIENTO ACUSATORIO del Fiscal, luego que se haya cerrado la etapa de la investigación preparatoria; la función básica de ese control es para evitar que cualquier ciudadano pueda ser acusado sin mayor fundamento, el presente artículo no será una transcripción de las normas sino un análisis de cómo operan en la realidad, recurriendo para ello a la dogmática penal y al derecho comparado, pero en especial a los casos que han sido extraídos de nuestro distrito Judicial de Huaura, donde por primera vez trabajamos esta etapa y del cual se nutrieron el resto de distritos judiciales del país.

II. SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Se conoce en el derecho comparado de tres sistemas de control de la acusación¹, el primero consiste en la apertura directa del juicio, en este sistema como es obvio la defensa carece de facultades para pronunciarse sobre la investigación preliminar y preparatoria, esto es propio de los sistemas inquisitivos, es el caso por ejemplo del Código de Procedimientos Penales²; el segundo sistema es el control de la acusación que solo puede ser provocado por un acto de oposición a la apertura del juicio efectuado por la defensa, por consiguiente si el acusado no formula su oposición se pasa directamente al juicio oral, pero si formula su oposición a la acusación se procede a su control, esto no es propio de nuestro sistema, aunque es la postura asumida en Argentina, Italia, Costa Rica y Portugal; finalmente, el tercer sistema que proclama la obligatoriedad del control de la acusación, esto es, que producida la acusación el control de la misma debe darse mandatoriamente, de modo tal que el juez puede por varias razones regladas y fundadas rechazar la acusación; el control que realiza el órgano jurisdiccional es un CONTROL DE LA LEGALIDAD de cómo viene cumpliéndose el EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL por parte del Ministerio Público; pues bien sabemos que el Fiscal

-
1. ÁLVAREZ, A. En "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio Público" en AA.VV.: *El nuevo Código Procesal penal de la Nación*. Análisis crítico. Ed. Del Puerto, Buenos Aires. 1993.
 2. En el proceso penal Sumario conforme al Artículo 5 del Decreto Legislativo No 124, presentado la Acusación solo se permite la presentación de Informes; y en el proceso penal Ordinario conforme a los artículos 227 y 229 del Código de Procedimientos Penales, por excepción se permite a la parte civil reclamar mayores cantidades a propósito del monto de la reparación civil solicitado por el Fiscal a favor del agraviado, y al acusado ni siquiera se le corre traslado de la acusación misma, salvo la cédula que fija día y hora para la audiencia para el juicio oral; situaciones que se han paliado en el artículo 232 del Código antes mencionado, modificado por el Decreto Legislativo N° 959 que permite al acusado el ofrecimiento de pruebas y medios defensivos.

no solo tuvo la “notitia criminal” sino que en el ejercicio de sus funciones constitucionales ha aperturado investigación preliminar y hasta preparatoria para llegar a la Acusación, en consecuencia, en una sociedad democrática son necesarios no solo los controles intraórganos (por ejemplo los Fiscales Provinciales en el ejercicio de la acción penal y sus facultades investigativas son controlados por los Fiscales Adjuntos y Superiores) sino también los controles interórganos; pues si reconocemos al Ministerio Público como la única institución constitucionalmente autorizado que para llevar a un ciudadano a juicio es razonable que esa función sea controlada por un ente externo como lo es el Poder Judicial, quien debe consentir la realización de un JUICIO solo si la imputación está provista de fundamento serio como para eventualmente provocar una condena.

III. RAZONAMIENTO DEL FISCAL EN LA ACUSACIÓN

El razonamiento del Fiscal dialécticamente pasa por distintas etapas, al inicio, al recibir la noticia criminal se encuentra en un estado de IMPROBABILIDAD, para salir de esta incertidumbre ordena una INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, disponiendo diligencias urgentes o diligencias preliminares y luego de un plazo correspondiente (por ejemplo hay un plazo legal para investigar de 20 días, salvo que se produzca la detención en cuyo caso solo tendrá 24 horas y si se trata de un caso de drogas, espionaje, o terrorismo su investigación no puede pasar de los 15 días; pero podría fijar un plazo distinto atendiendo a la complejidad del caso y las circunstancias del hecho, pudiendo fijar un plazo fiscal no mayor a los 120 días por contraste con la norma contenida en el artículo 342 del Código Procesal Penal), cumpliendo actos de investigación, puede llegar a una imputación penal, esto es, subsume los hechos con una norma determinada del ordenamiento penal sustantivo y por tanto ya se ubica en lo que es PROBABLE, y que da origen a una “causa probable” que se expresa en su Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, acá el Fiscal ya tiene a un presunto autor identificado, un delito y un bien jurídico lesionado, una víctima afectada, tiene conciencia que el hecho imputado no ha prescrito, que no hay requisitos de procedibilidad o procesabilidad y, por tanto, ese mismo Fiscal está convencido que el inculpado ha cometido un delito determinado y merece una condena, su razonamiento llegó a una CERTEZA POSITIVA que se expresa en la formulación de un requerimiento de acusación (y cuando su razonamiento llega a una CERTEZA NEGATIVA se expresa en la formulación de un requerimiento de Sobreseimiento; finalmente también puede ser MIXTA, es decir, existir Certeza Negativa y Certeza Positiva a la vez, eso se da cuando emite un requerimiento que contiene una Acusa-

ción MIXTA³. De modo tal que la ETAPA INTERMEDIA, no solo está destinada al control de la ACUSACIÓN, sino también eventualmente al control del SOBRESIMIENTO que pueda pedir el mismo Fiscal.

IV. RECEPCIÓN DE LA ACUSACIÓN Y SU EVENTUAL RECHAZO *IN LIMINE*

Si bien el Fiscal en su razonamiento personal, con su Acusación, llegó a la CERTEZA POSITIVA, el Juez no está en el mismo estadio mental, pues cuando el Juez de la Investigación Preparatoria recibe una ACUSACIÓN, en el cual se precisa al autor del delito, la pena a imponerse, la reparación civil y demás consecuencias principales o accesorias; dicho acto para el Juez es PROBABLE, el sabe que está ante una "causa probable" que luego del debate y control de la Acusación puede llegar a su convencimiento que la causa permite la realización de un juicio público y que la imputación está provista de fundamento serio para, probablemente, generar una condena penal a un ciudadano acusado. Pero, el Juez tan pronto recibe un requerimiento de acusación también puede no estar convencido que la Acusación contenga seriamente una imputación penal o el que se le ha remitido no tiene la fundamentación respectiva; o que a su entender hubo un procedimiento de investigación preliminar o preparatorio donde se han violado derechos fundamentales diversos (por ejemplo que no se haya declarado reo ausente o contumaz cuando un imputado no ha sido notificado adecuadamente, o que no se ha asegurado su derecho de defensa, o que no se ha invitado al imputado a criterios de oportunidad o no se le ha tomado la declaración indagatoria al indiciado), pese a ello, el Juzgador no está habilitado a rechazar la acusación "ab initio" o liminarmente, pese a su condición innata de ser Juez de "garantías" (por usar la terminología del Juez chileno o colombiano); en nuestro distrito piloto de Huaura donde se aplicó por primera vez el nuevo Código Procesal Penal, algunos Jueces, entendieron mal su función garantista, y procedieron a rechazar acusaciones, para ello, de oficio, declararon la nulidad de todo el procedimiento previo, seguidamente declararon insubsistente el requerimiento de Acusación, y ordenaron se subsane las omisiones advertidas (solo por citar algunos Casos son: 2008 - 1683, 2007 - 614, 2007 - 684, 2007 - 501, 2008 - 1812, 2007 - 181, 2008 - 1045); obviamente, esto generó sendos recursos de apelación ante la Sala Superior Penal, y luego de intensos debates, con los defensores de oficio, con los abogados libres y la propia Sala Penal Superior, se llegó a entender que un precedente jurisdiccio-

3 Artículo 348 ordinal 3ro del CPP.



nal como el anotado resulta peligroso, arbitrario y fundamentalmente violador de roles en un nuevo sistema procesal, pues el sistema Acusatorio, que había dividido roles, el juez sentencia y el Fiscal acusa, nuevamente se vería afectado pues el Juez no siendo titular del ejercicio de la acción penal estaba anulando acusaciones sin que ellas hayan sido expuestas a un debate jurídico por los sujetos procesales y con control jurisdiccional; igualmente se llegó al extremo que esas resoluciones al ordenar la subsanación de algunos actos de investigación se estaban erigiendo como una instancia “de hecho” por encima del Ministerio Público; de otro lado también, el mandato judicial llegaba a anular todo lo actuado y reaperturar la etapa de la investigación preliminar y preparatoria decisión que afectaba frontalmente a lo previsto por el artículo 154 ordinal 4to del Código Procesal Penal que señala que la nulidad no importará la reapertura de la investigación preparatoria, pues el Fiscal no tiene ninguna posibilidad jurídica de crear una etapa para subsanar las omisiones que habría advertido el Juez; esto generó como consecuencia que la Sala Superior Penal decidiera que en efecto se habría afectado la facultad que tiene el Ministerio Público en la promoción de la acción penal y por tanto decretó que con ese actuar jurisdiccional de primer grado se había incurrido en nulidad absoluta ordenándose que debe recibirse a la Acusación y no es viable jurídicamente a un rechazo *in limine* y de oficio por el Juzgador, lo que obviamente no implica negar que tiene la facultad de control de la Acusación, pero en la forma y modo de ley, es decir, previo traslado de la Acusación y actos de contradicción de los demás sujetos procesales; y si en efecto se adolecía por todo aquello que el Juez apreció, aquella caerá por tierra, pero eso ya es responsabilidad funcional del Fiscal.

V. UTILIDAD DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN

La Audiencia de Control de la Acusación, que se realiza en una Audiencia Preliminar comienza con la formulación de una Acusación y termina con la resolución jurisdiccional auto de enjuiciamiento, fundamentalmente sirve específicamente para garantizar al acusado su derecho a ser oído respecto de la acusación deducida, con la posibilidad de influir en la decisión de apertura del juicio a través de solicitudes de prueba y el planteamiento de medios de defensa diversos u objeciones, inclusive puede ofrecer (y el Juez puede hacerlo de oficio) nuevos medios probatorios para aclarar en juicio los hechos materia de la acusación; o pedir se le aplique un criterio de oportunidad. En nuestro primer Distrito Judicial de Huaura, donde aplicamos por primera vez la Etapa Intermedia y el Control de la Acusación hemos visto con agrado y reproche a nuestra propia labor, como las Acusaciones pueden ser tan ende-



bles, vulnerable formal o sustantivamente o simplemente no haber caso, y sin embargo, pretendemos llegar a juicio oral, por ello, la función jurisdiccional es fundamental para evitar que sigan existiendo en nuestro medio procesos mentirosos⁴. Como se puede apreciar, el control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, en especial, en aquellos en los que el Fiscal ha actuado con cierto monopolio al formular su acusación; por tanto, si la apertura de un juicio oral ya es un reproche público de la imputación de un delito, hecho que es conocido por la publicidad de las actuaciones en el juicio oral, donde queda cuestionada la honorabilidad del ciudadano procesado, es también razonable que se le permita realizar un juicio valorativo de la acusación a la luz del órgano jurisdiccional, para hacer realidad los controles interórgano a que hemos aludido; fundamentalmente se ve la labor del abogado de la defensa, quien tiene una excelente oportunidad para ejercitar el derecho de contradicción controlando la acusación con sus objeciones, observaciones, oposiciones, pedidos de devolución, de sobreseimiento o archivo, y todo cuando pueda en contra de la imputación penal formulada.

La Investigación Preparatoria tiene por finalidad fundamental el recojo de evidencia suficiente y evidente que funde una acusación contra una persona por un hecho punible; pero de esta investigación no se pasa al juicio oral, sino que nuestro ordenamiento procesal nuevo contempla una ETAPA que es la INTERMEDIA, cuyas finalidades ya se han mencionado y si la ACUSACIÓN pasa de esta etapa recién se da la resolución de apertura del juicio oral. El CONTROL DE LA ACUSACIÓN conforme a nuestro Código Procesal Penal, no solo es formal (que es lo normal en la mayoría de los modelos extranjeros), sino también es sobre su propio mérito o aspecto sustantivo, vertiente que sigue al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica⁵, con estos controles, lo que se pretende es racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación. Obviamente, éste modelo exige que el Juez de la Investigación Preparatoria, no sea el mismo Juez del Juzgamiento,

4 “Proceso mentiroso” en el argot jurídico no lo va a encontrar, llamo proceso mentiroso al proceso que realmente no existe, por tener una causa que nació muerta, que no va a tener éxito alguno y que solo aumenta indebidamente la carga procesal, el Presidente de la Corte Suprema Villa Stein, prefiere llamarlos “carga chatarra” ver el Documento de Apertura del Año Judicial para el 2009.

5 SAN MARTÍN CASTRO, César. *En Prólogo al Código Procesal Penal*. Primera Edición Oficial. p. 11. Razón no le falta, pues en efecto en el Código tipo, en los artículos 26º y 278 prevén la absolución anticipada mediante el sobreseimiento, con lo cual queda demostrado que el Control de la Acusación abarca a los aspectos formales y sustantivos.



pues aquel quedó contaminado por sus apreciaciones y decisiones, situación que no podrá ocurrir para el segundo Juez que ingresa al Juzgamiento libre de toda impureza procesal; esto justifica pues que en el proceso necesariamente habrán dos jueces; el de la investigación y el del fallo, distintos, pero ambos para una finalidad, un JUICIO JUSTO E IMPARCIAL.

VI. PREPARANDO EL JUICIO EN LA ETAPA INTERMEDIA

En resumen, la etapa de preparación del juicio oral constituye la instancia en que los intervinientes toman conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que harán valer en el juicio oral y de su sustento probatorio, permitiéndoles preparar con la debida antelación la estrategia de acusación o defensa a seguir en el mismo; excepcionalmente se pueden dar salidas alternas al proceso, con la aplicación de criterios de oportunidad y poner fin al conflicto penal sin juicio previo; por ejemplo, en Huaura iniciamos la posición de aplicar criterios de oportunidad, tales como si, por ejemplo, hubo un Principio de Oportunidad o un Acuerdo Reparatorio incumplido, si se demostraba en la Audiencia de Control que se cumplió con todos los extremos del acuerdo no tenía sentido seguir persiguiendo al imputado, por tanto, nos allanamos en muchas ocasiones a que se sobresee la causa por ese motivo; igualmente en Huaura sentamos el criterio que pese a que la etapa intermedia es de control de la acusación, estas audiencias preliminares culminaban en procesos de terminación anticipada, como en muchas ocasiones ha ocurrido, entendiéndose obviamente que se estaba aplicando un Criterio de Oportunidad como una salida alterna y no se llegaba necesariamente al Juicio. Igualmente, por ejemplo, se ha tenido problemas en cuanto a la constitución de sujetos procesales, por ejemplo, el tercero civil y el actor civil si bien se constituyen en audiencias, no basta su simple apersonamiento, pues se ha tenido problemas para el caso que el Fiscal formulara su Acusación Directa, es decir, aquella que se realiza con los elementos de convicción que tiene en la etapa preliminar, y sin pasar por la etapa preparatoria, considera que puede acusar y lo hace sin pasar por esta última etapa entonces, ¿en qué momento se constituye el actor civil o el tercero civil responsable? Entendemos que el plazo de los diez días que se tiene para correr el traslado de la Acusación al agraviado o al tercero no constituido, debe servir también para que ellos puedan ser incorporados en la etapa intermedia como sujetos procesales, no tenemos otra etapa, y se corre el riesgo, en todo caso, de dejar afuera al agraviado como actor civil o al tercero como tercero civilmente responsable; situaciones que también sirven para preparar mejor el juicio que se viene.



La presentación del requerimiento de la Acusación, es presupuesto indispensable para ingresar a la etapa INTERMEDIA, éste requisito emana del Principio Acusatorio propio de un proceso penal de partes, que condiciona la apertura del juicio a la interposición de la acusación por el órgano de persecución penal. Esto implica que el tribunal jamás puede actuar de oficio, ni siquiera cuando el delito se comente en su presencia en una audiencia, rige en su plenitud el principio “donde no hay acusador; no hay juez” (*nemo iudex sine actore*).

VII. REQUISITOS MÍNIMOS DE UNA ACUSACIÓN

El requerimiento de Acusación debe contener ciertos requisitos formales y sustantivos⁶; respecto a la acusación se exige que la acusación contenga los fundamentos de hecho y de derecho que la sustentan por ser un requerimiento que debe tener motivación conforme lo ordena el artículo 122 ordinal 5to del NCPP, nuestro distrito judicial de Huaura, ha venido recepcionando formatos tipo de cuál debe ser la organización de una acusación –situación que se viene repitiendo en el resto de distritos judiciales–, con cuadros respectivos, si bien tienen la bondad de ser más esquemáticos, pierde su valor cuando no encontramos en él una motivación adecuada que deberían realizar los Fiscales, respecto a la responsabilidad penal que se imputa, del proceso de subsunción, del análisis de los elementos del tipo penal sea en su aspecto objetivo o subjetivo, de la autoría y de la participación delictiva; no hay motivación respecto de la determinación e individualización de la pena, tampoco hay respecto de la motivación a propósito de la reparación civil, no hemos encontrado observaciones u objeciones sean de defensores o de los propios juzgadores, pues la motivación implica pues sustentar la acusación en cada caso mencionado; incluso la valoración que se da a la prueba con arreglo a las reglas de la ciencia, de la experiencia y de la lógica al que alude el artículo 158, no es un patrimonio aprovechable solo por el Juez, sino lo será también por el Fiscal cuando evalúa a sus elementos de convicción, sino ¿de qué “certeza fiscal positiva” hablamos en la acusación?; se espera la motivación solo a nivel judicial? ¿de qué motivación entonces nos habla el artículo 122 ordinal 5to?; respecto al acusado, se exige que debe identificarse al acusado⁷;

6 Esto según el artículo 349 del CPP.

7 El Poder Judicial de Huaura, algunos jueces y vocales, en reiteradas resoluciones y basados en una Resolución Administrativa exigían para que se dicte el auto apertorio de instrucción el inculpado debía estar identificado con su DNI, es decir, estar en la base de



esta no significa necesariamente que debe estar individualizado en los sistemas formales de RENIEC, por ejemplo, sino que se exige que el imputado sea identificado por su nombre, datos personales, señas particulares, nombre de los padres, cualquier otro dato que nos indique qué es esa persona y no otra, domicilio, su documento de identidad, y cuanto corresponda a sus impresiones digitales a través de la oficina técnica respectiva; finalmente, esa identificación tiene que ver sustancialmente también con su reconocimiento como autor o partícipe, y para ello, no solo existe el reconocimiento en rueda, sino también se puede reconocer por testigos en forma sucedánea, así lo ha expresado nuestra Excelentísima Corte Suprema en Sentencia en Casación N° 03-2007 procedente de Huaura, respecto a los hechos, se exige que el relato sea en forma clara, precisa con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, un Fiscal y un Juez no pueden analizar los hechos si es que no hay una exposición “*ex ante*”, “*durante*” y “*ex post*” del hecho punible⁸; en un interrogatorio de un caso de homicidio doloso, por ejemplo, se pretendió realizar objeción a una pregunta que no tenía que ver directamente con el hecho punible, pues se estaba preguntando sobre aspectos “*ex ante*” del delito, lo que motivo que el juez declarara no ha lugar a la objeción, en ese sentido, el Juez ha comprendido que el interrogatorio no se puede limitar solo a los hechos, sino puede ser a los acontecidos antes o después; inclusive

datos del RENIEC, situación que generó que se declararían fundadas de oficio Cuestiones Previa y por tanto; muchos casos quedaron en la impunidad, felizmente con el nuevo sistema procesal penal, esto ha quedado superado con la actual redacción del Artículo 72 del CPP.

- 8 Se han visto casos en nuestro Distrito de Huaura, que Fiscales y Jueces olvidan estas exigencias, y centran el debate de la admisión de pruebas y hasta el interrogatorio de los testigos a la etapa “*durante*” la comisión del delito, sin tomar en cuenta que debe tomarse en cuenta las etapas “*ex ante*” y “*ex post*” donde pueden encontrar información muy importante; por ejemplo en un caso se limitó la prueba y debate al hecho de la agresión, sin considerar que “*ex ante*” ya había existido una provocación por parte de la víctima y que el agresor solo respondía en legítima defensa; en cuanto al aspecto “*ex post*” por ejemplo en un caso de homicidio culposo no se tuvo en cuenta que el finado sufría de una mala conformación en el corazón y que determinó su fallecimiento no precisamente por la operación a la apendicitis que había sido sometido y por el cual se procesaba al médico. En un Caso el Fiscal cuando relató los hechos, en su acusación no precisó el día y hora en que aconteció el acto contra el pudor, lo que pretendió aprovechar la defensa para buscar una absolución en el Caso 2006 – 750, pero utilizando el delito continuado la Fiscalía Superior, justificó que se trataban de varios hechos, y por tanto, el Colegiado jurisdiccional no entró en mas detalles de precisar la fecha exacta del acto contra el pudor, confirmando la sentencia condenatoria.

si el caso contiene varios hechos independientes, es necesario su separación y el detalle en cada uno de ellos⁹. Se requiere que una Acusación tenga los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio, tén-gase en cuenta que ya no se trata de meros indicios reveladores de la comisión de un delito¹⁰, sino que el Fiscal cuente con “sus pruebas” de la investigación preparatoria que le dan la firme convicción que está frente a un delito que merece ser sancionado, por eso, expresamos anteriormente que el Fiscal en su acusación llega a la certeza positiva y por ende sus elementos de convicción lo determinan a acusar. Una acusación también debe pronunciarse respecto al grado de participación del imputado, sea como autor directo, como autor mediato o coautor, o como partícipe, cómplice primario, secundario, instigador, distinción que es necesaria para que el acusado realice una adecuada defensa¹¹ y una graduación de la pena al momento de imponerse la sanción; igualmente se requiere que la acusación señale la relación respecto de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran, por ejemplo, el Fiscal debe expresar en su acusación si hubo cooperación del acusado en un caso de drogas o cualquier otro delito en el cual puede beneficiarse con esta circunstancia atenuante de responsabilidad; mencionar la presencia de un desistimiento voluntario o un arrepentimiento

-
- 9 En un caso Fiscal, se tuvo conocimiento de un indiciado que había bebido licor, luego horas después atropelló a un menor, el indiciado de “motu proprio” llegó a un acuerdo reparatorio con la víctima; y como quedaba pendiente el hecho de la conducción en estado de ebriedad se consideró oportuno invitar al indiciado al Principio de Oportunidad el cual también prosperó; pero en verdad dicha actuación no es correcta, pues si bien hay dos hechos que son independientes en el tiempo; para éstos efectos no era necesario separarlos, sino tratarlos en forma conjunta conforme lo prevé el artículo 124 tercer párrafo del Código Penal, y dado a su pena alta, no procede la aplicación de un Principio de Oportunidad, sino la aplicación para ambos hechos de un Acuerdo Reparatorio, dado a que ambas conductas con calificadas como culposas por la norma.
- 10 Al estilo del Artículo 336 ordinal 1 del CPP, que dice: “Si de la denuncia, del informe policial o de las Diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores...”(sic); todavía en algunas Acusaciones apreciamos en la redacción que se habla en condicional: “condicional”, “podría”, “sería”, cuando el lenguaje debe ser afirmativo con arreglo a la certeza del cual está convencido el Fiscal en mérito ya no ha indicios, sino en base a sus elementos de convicción que en mejor lenguaje son las “pruebas” del Fiscal.
- 11 Esta exigencia es acorde a lo previsto por el artículo 14 ordinal 3) literal “b” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que menciona: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en la igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) 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”.



activo, la presencia de tentativa o también se puede expresar una causa imperfecta o atenuante de responsabilidad penal a que aluden los artículos 20 y 21 del Código Penal; se exige que la Acusación debe pronunciarse respecto al artículo de la ley penal que tipifique el hecho, así como la pena conminada con ello se cumple con la exigencia de una imputación base y presupuesto necesario del derecho a ser oído; la significación jurídica de esa imputación debe conocer el imputado, y en cuanto a la pena debe señalarse si se trata de pena única, alternativa, conjunta o accesoria que se solicita, en todos estos casos, fundamentado en mérito a los criterios de determinación e individualización de la pena¹² que puede ser conjunta, alternativa o principal o accesoria como son los casos de multa, inhabilitación y otras penas. Respecto de la víctima se exige que se fije el monto de la reparación civil también motivado en cuanto a su quantum o forma de reparar el daño con un criterio de justicia restaurativa y no necesariamente con los criterios clásicos pecuniarios de daños y perjuicios, daño emergente, lucro cesante, o daño moral o daño a la persona; señalándose los bienes embargados, incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda recibirlos; finalmente respecto a los medios probatorios se exige que el Fiscal ofrezca para que el órgano jurisdiccional en principio las admita y luego proceda a su actuación; por ejemplo, para el caso se presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio¹³, y de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones¹⁴ o exposiciones, debe quedar claro que no es necesario señalar circunstanciadamente todos los hechos sobre los

12 El artículo 45 del C.P. establece los presupuestos para fundamentar y determinar la pena tales como las carencias sociales, la cultura y costumbres del imputado y los intereses de la víctima y sus dependientes; y el artículo 46 del mismo código establece los criterios de individualización de la pena, tales como la responsabilidad y gravedad del hecho punible; criterios que en verdad no lo vienen exigiendo por algunos Jueces o Fiscales.

13 Algunos defensores de oficio, en las audiencias de control de la acusación, observan al ofrecimiento de testigos hecho por los Fiscales porque señalan que no se expresó el número del DNI de los testigos y peritos, pues en caso contrario no estarían identificados, craso error pues para ser testigo no existe tal exigencia en ninguna norma y de otro lado toda persona es hábil para declarar salvo las excepciones a que alude el artículo 162 del CPP.

14 Esto es necesario entender que: por ejemplo, cuando se habla de testigos no necesariamente tienen que ser testigos oculares, sino se requiere que hallan percibido de algún modo los hechos materia del delito, por ejemplo una persona bien puede haber escuchado una estruendosa frenada de llantas y al dar vuelta ver a la víctima tendida en el suelo, perfectamente puede ser testigo, pese a que no vio el momento del impacto, pero si le consta las circunstancias "ex post" y, por ejemplo, relatar que sucedió después, pese a la claridad de la argumentación se han recibido observaciones al respecto.



cuales versará la declaración sino solo los fundamentales, con lo cual se logra delimitar el objeto de la reclaración del respectivo testigo en el juicio, sino que facilita el control de las partes y el juez solo ingresará al debate si es que hay observaciones u objeciones, todo basado en el sistema cuasi adversarial; asimismo debe hacerse una reseña de los medios de prueba que ofrezca, téngase presente que el ofrecimiento en la introducción de la prueba, es la primera etapa, y con tal criterio, el Juez no puede rechazar la prueba por defectos de forma en su ofrecimiento, por ejemplo, que por razones fundadas se ofrezca a un testigo sin expresar su domicilio —razones de protección al testigo clave—, pues el eventual rechazo podría dar lugar a que el Fiscal no pueda cumplir con su función constitucional y eventualmente un rechazo por fiel cumplimiento de la norma procesal podría acarrear la nulidad de la decisión del órgano jurisdiccional¹⁵; en cuanto a los peritos, si bien la norma no precisa que debe señalarse su ocupación, y en cuanto a su dictamen este no puede ser introducida mediante su lectura, sino lo será mediante su declaración oral sobre el informe previamente evacuado, por ello, no puede ser ofrecido como prueba pericial el informe escrito, es importante dejar establecido cómo el dictamen pericial se presenta en la investigación preparatoria, éste puede ser presentado hasta el momento de emisión del auto de apertura del juicio oral, pero no cabe duda que este peritaje debe ser entregado al acusado para que pueda preparar adecuadamente su defensa, desde el punto de vista técnico y controvertir sus conclusiones a través del contrainterrogatorio o de otra prueba pericial que puede ofrecer, y que, por tanto, no nos debe llevar a la confusión de entender que el informe debe ser entregado al tribunal del juicio oral. Para todos los casos la prueba debe ser pertinente, conducente y útil, al decir del artículo 352 ordinal 5to, literal b) del NCPP, solo si las pruebas tienen esas virtudes podrán ser admitidas.

El artículo 349 ordinal 2do del CPP, establece que la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica; la primera parte de la norma es una manifestación del principio de correlación o de congruencia, entre imputación y fallo. Es posible también que el Ministerio Público señale alternativa y subsidiariamente, las circunstancias del hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo

15 Consideramos que una decisión de tal magnitud se subsumiría en lo previsto por el Artículo 150 inciso c) del CPP, esto es, que habría nulidad absoluta por estar afectándose a la promoción de la acción penal por estar rechazando la prueba ofrecida con defectos en su ofrecimiento.



penal distinto, se han dado casos, por ejemplo, en chantaje con extorsión, lesiones leves con aborto preterintencional, falsedad ideológica por inserción con falsedad ideológica por uso del documento; entre otros; por tanto, la acusación debe tener la suficiente capacidad de adecuación a los hechos que pueden resultar luego del debate y poder subsumirse los hechos en un tipo penal específico.

VIII. DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA PARA EL CONTROL DE LA ACUSACIÓN

Presentada la Acusación al Juez de la Investigación Preparatoria, culmina y precluye la etapa de la investigación preparatoria, para dar ingreso a la siguiente etapa que es precisamente la ETAPA INTERMEDIA, que es precisamente donde se cumple el Control de la Acusación, conforme al artículo 350 del CPP debe notificar la acusación por un plazo de diez días¹⁶; con lo cual se cumple técnicamente con lo que se denomina “intimación”, deber que antes se cumplió al momento de formalizar la investigación; con tal acto se cumple con la obligación específica de informar al acusado sobre la evidencia del cargo existente en su contra para dar la posibilidad de preparar su defensa y eventualmente producir prueba de descargo; en el derecho norteamericano, este deber está vinculado con el denominado “descubrimiento” (discovery) de la prueba, que se inspira en la idea de igualdad de las partes en el proceso y en la prohibición de sorpresa o de una acusación oculta propia de los sistemas inquisitivos que si bien las acusaciones estaban a disposición de las partes, su sola lectura o su apersonamiento a los Despachos abarrotados de carga procesal impedían de hecho a que la defensa del acusado se enterara cabalmente de los extremos de la acusación, por ello, en el sistema acusatorio que vivimos

16 Este es un plazo perentorio, de caducidad conforme al artículo 144 del CPP, de modo tal que al vencimiento del plazo máximo si no se formuló observación alguna a la acusación ya no se podrá observar posteriormente, por tanto, estamos ante un plazo preclusivo, pues la ley no admite prorrogas alguna para el acusado en especial, pero curiosamente hasta podría renunciar a dicho plazo en aplicación del artículo 147 ordinal 1ro del CPP. Un Aspecto curioso fue el de una Acusación en el cual no se había precisado el DÍA Y HORA de cuando ocurrió el hecho punible, en el control no lo observaron nadie, ni el mismo Juez, por lo que cuando se ingresó al Juicio Oral el Juez de fallo, lo primero que hizo al término de los Alegatos de Ingreso, fue preguntar al Fiscal, cuándo ocurrieron los hechos, situación que se hizo y se completó tal omisión, pensamos que si bien parece relevante, no afectaba el derecho de defensa, pues el imputado estuvo instruido de los cargos que se le formularan, la Sala también convalidó éste hecho en el sustento que la aclaración se produjo antes del juicio oral, lo que no conlleva a la nulidad por tal grave omisión.



en los distritos donde está vigente el Código Procesal Penal, la acusación debe NOTIFICARSE y con ello se cumple con el DESCUBRIMIENTO DE LA PRUEBA DEL FISCAL, evento procesal más importante de la Audiencia de Control de la Acusación. Por consiguiente ni bien ingresa el requerimiento de Acusación al Poder Judicial debe correr su Debido Proceso, ello implica que debe notificarse la acusación al imputado y a los demás sujetos procesales como son al tercero civil, al actor civil, al agraviado o representantes de éste como son los procuradores judiciales; esto permite entender “el descubrimiento de la prueba”, es decir, la Fiscalía pone de manifiesto su acusación en el cual presenta todos los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se presenta todos los documentos relacionados con los hechos que no requieren prueba, las pruebas anticipadas que la Fiscalía pretenda aducir al juicio oral, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el, la indicación completa de testigos y peritos que se presentaran al juicio oral, los dictámenes oficiales, el señalamiento de documentos, objetos u otros elementos que se hubieran incautado u otros elementos que quieran aducirse y los demás elementos favorables inclusive al acusado en poder de la Fiscalía, debe también indicarse que se invitó a la aplicación de principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y los preacuerdos y negociaciones entre imputados o acusados, y que, por tanto, la Fiscalía no procede por caprichos del funcionario o conveniencias que no estén basadas en un mínimo probatorio seriamente orientado a la responsabilidad del imputado, pues siempre deberá respetarse la presunción inocencia del imputado, ya he sostenido en otros artículos que el Fiscal en el nuevo proceso penal, tiene una actitud “bifronte”, pues busca pruebas para condenar o absolver, ese actuar inclusive entiendo, le hace perder el carácter adversativo al sistema procesal peruano (Artículo 61 ordinal 2do del NCPP), sin embargo, en el momento de la Acusación si bien tendrá que apoyar su teoría del caso inculpativa de responsabilidad, ello no lo exime de ofrecer la prueba que encontró en la investigación preparatoria, caso contrario no estaría actuando con objetividad, pero el sustento de esa actitud de descubrimiento es entendida concretamente en el marco y contexto del sistema acusatorio donde hay un irrestricto respeto por el “principio de igualdad de armas”, y en todo caso, si el Fiscal no lo presenta en su momento recibirá la observación respectiva, pues solo a partir del descubrimiento completo de la prueba, podría darse a la defensa una nueva posibilidad probatoria, en el entendido que el Fiscal no haya presentado todos los medios de prueba y se descubran nuevos elementos desconocidos hasta ese momento por la defensa. Entonces la notificación de la Acusación a los sujetos procesales permite pues que la defensa acceda al descubrimiento de cualquiera de los elementos de convicción que tenga no-

ticias que posea la Fiscalía, esta pues, constituye una verdadera oportunidad con que cuenta la defensa para conocer el material probatorio que la Fiscalía pretende hacer valer en su contra; en ese entendido, por ejemplo, en el Caso 2005 - 508 sobre Falsificación de documentos, el fiscal de turno detectó evidencia material que fue falsificada, pero se quedó solo con copias simples y las originales, la entidad agraviada Registros Públicos de Barranca las remitió a Lima y jamás las devolvió y no se pidieron, posteriormente no se pudo hacer valer la evidencia que fue falsificada y por ende un proceso perdido para el Ministerio Público, pues esa evidencia original no fue descubierta en la Acusación, luego no pudo ser mencionado en el proceso, ni convertirse en prueba éstos elementos de convicción, ni pudieron practicarse en el juicio, pues solo se contaba con copias simples, por tanto, el descubrimiento de la prueba es un mecanismo de garantía adicional para el imputado que lo protege con el incumplimiento de la Fiscalía de su deber de descubrimiento completo del material probatorio relativo a la acusación; aunque también es verdad que abogados “descuidados” en muchas ocasiones han denunciado a la Fiscalía por no presentar material probatorio que les favorecía. En nuestro distrito judicial de Huaura, hemos observado casi en la totalidad, o al menos no conocemos el “el descubrimiento de la prueba por parte del imputado”, pues si éste mecanismo permite hacer realidad del principio de “igualdad de armas” el Fiscal no es el único obligado a mostrar sus elementos de convicción, sino que también hay la posibilidad que la Fiscalía pueda solicitar al juez que ordena a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción y del material probatorio que pretenda hacer valer en el juicio (por ejemplo documentos públicos o privados, dictámenes sobre el estado mental del imputado o pericias sobre fluidos y otros sobre evidencia física o material), en verdad, el “descubrimiento de la prueba por parte del imputado” no está regulado en el sistema peruano (como si lo está en el Código de Procedimientos Penales de Colombia en el artículo 344), pero nada impide pedir que el imputado también tenga la misma obligación para evitar “sorpresas procesales”; por ejemplo, es el caso que el imputado en el caso de un homicidio culposo, por ante el Juez de Fallo, presentó como nueva prueba un dictamen pericial sobre la velocidad en que iba un vehículo que causó la muerte de la víctima, obviamente, para la Fiscalía, era difícil rebatir tal pericia, pues ya no se le dio tiempo para revertir dicha prueba con otro peritaje a fin de contrastarlo, pero en el contrainterrogatorio y el recontrainterrogatorio hicieron perder contundencia a lo señalado por el perito, situación que obviamente debe evitarse si es que los Fiscales son más diligentes en ello. Fuera del descubrimiento ya mencionado con la presentación del requerimiento de acusación comienza en un primer momento el juzgamiento que terminará en sentencia.

IX. ¿QUÉ SE DISCUTE EN UNA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA ACUSACIÓN?

Y llegamos al punto de éste artículo. En principio, esta audiencia es oral, y como tal no se puede permitir la presentación de escritos durante su desarrollo, es la relevancia que tiene la oralidad en el nuevo sistema de justicia criminal; acá se discute de modo oral y contradictorio los hechos y pruebas que se han propuesto, es fundamental la presencia del Fiscal y del Abogado del Acusado, no necesariamente la presencia del imputado, para garantizar su derecho de defensa y lograr el Principio de Inmediación; en esta audiencia también rige el Principio de Concentración, porque en ella se van a debatir todas las cuestiones e incidencias preparatorias del juicio planteadas por los intervinientes en sus escritos; finalmente en esta audiencia rige el Principio de Continuidad; por consiguiente instalada la audiencia de control de la acusación, luego de la breve exposición que hace el Fiscal, los demás sujetos procesales acogiéndose a lo previsto por el artículo 350 del CPP tienen bastantes facultades contra la Acusación e inclusive mucho más que su fuente directa¹⁷; por consiguiente, contra la Acusación se puede esgrimir casi todo, veamos uno a uno:

Observar la acusación por defectos formales, requiriendo su corrección, esto es, la facultad de control formal que hace el acusado (pero también el Juez podría hacerlo de oficio¹⁸, cuando exista errores o vicios; en este caso, el Juez si aprecia que los defectos no requieren nuevo análisis por el Fiscal ordenará su corrección en el acto, sin suspender la audiencia¹⁹; pero si la corrección exige un nuevo análisis por parte del Fiscal suspenderá la audiencia para que se subsane dentro de quinto día, luego del cual la audiencia debe reanudarse. ¿Que pasaría si en el plazo ya mencionado el Fiscal no subsana el error o vicio? Por aplicación de lo previsto por el artículo 144, 2do del CPP, si el Fiscal no observa su conducta al plazo concedido por el Juez, habrá responsabilidad disciplinaria, e inclusive un Juez diligencia debería comunicar al Fiscal Superior para que cambie al Fiscal irresponsable y cumpla adecuadamente con su mandato, obviamente concediendo la prorrogas correspondiente. Una acusación también puede ser observada cuando no hay una correlación

17 Su fuente directa es el artículo 268 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

18 Por ejemplo es el caso que el Juez de la Investigación preparatoria observó que la Acusación que era por un caso de homicidio culposo suspendió la audiencia para que dentro de cinco días, se presente la partida de defunción y continuara luego del proceso, acá pese a que la defensa del acusado no hizo observación alguna el Juez lo hizo para preparar mejor el juicio oral.

19 Conforme lo dispone el artículo 352 ordinal 1ro del CPP.



entre los hechos y el tipo penal con el que se acusa, en un caso concreto, se produjo un accidente de tránsito y un homicidio culposo, por el cual el Fiscal acusó por el artículo 111, segundo párrafo, cuando durante la secuela del proceso nunca se probó o debatió si hubo infracción a las reglas de tránsito, por lo que tal acusación mereció la observación, pues los hechos correspondían a una tipificación contenida en el artículo 111 primer párrafo y no en el segundo párrafo del Código Penal²⁰; una observación curiosa que se hizo fue, por ejemplo, que se había acusado por el delito de usurpación, sin precisar en cual de los tipos penales se encontraba el ilícito penal cometido de cualquiera de los supuestos contenidos en el artículo 202 del Código Penal, esto generó la devolución de la Acusación al Fiscal para que lo precise con mayor análisis y evitarse sorpresas a la defensa.

Deducir excepciones y otros medios de defensa así como nulidades, siempre que esas no hayan sido planteadas con anterioridad o se funden en hechos nuevos; en este caso, este debate surgirá de los actuados que se tienen a la vista o de otros procedimientos o actuaciones, pero que sustentan la excepción propuesta. El Juez de la investigación preparatoria debe resolver de inmediato las excepciones de naturaleza de juicio, improcedencia de la acción, cosa juzgada, amnistía, prescripción incompetencia, siempre que no requiera la producción de prueba para acreditarlas, en caso contrario, lo más prudente sería dejar la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral –el sistema acusatorio chileno admite esta posibilidad conforme al artículo 271, 3er párrafo del Código Procesal–, sin embargo, el legislador no permite que una excepción pueda quedar para el juicio oral²¹ o que en pleno juicio oral se pueda deducir una excepción no propuesta²², pensemos, por ejemplo, qué pasaría si en el juicio oral se acredita que un acusado ya fue sentenciado y lo prueba palmariamente, acaso no se podría admitir la excepción para evitar el *ne bis in idem procesal* y evitar una doble persecución del cual es víctima?; y

20 Artículo 111 del Código Penal: “El que por culpa ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con... La pena privativa de libertad será...o el hecho resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito”.

21 Esto por una interpretación sistemática de lo previsto por el artículo 8 ordinal 5to y los Artículos 350 y 352 del CPP.

22 Por ejemplo si sale una ley de amnistía que favorece al acusado o se acredita indubitablemente una cosa juzgada o se da una prescripción extraordinaria acaso no podría plantearse en juicio oral. Si bien esto no ha regulado el legislador peruano –como si lo ha regulado el legislador chileno para su código procesal penal– pienso que el Juez atendiendo a su poder discrecional reconocido en el artículo 364 ordinal 5to del CPP, podría admitir esas excepciones en pleno juicio oral.



finalmente puede resolver otros medios de defensa como una cuestión previa como es la falta de autorización para proceder penalmente²³. En cuanto a las nulidades, si bien la Audiencia de Control de la Acusación no es el único momento para deducir las nulidades, sí es un estadio importante para hacerlo, pues si se trata de nulidades relativas y no se hacen valer, se corre el riesgo que queden convalidadas y luego no se puede hacer valer como argumento de defensa formal; en cuanto a las nulidades absolutas, ellas se pueden hacer valer de oficio inclusive, siempre que se han incurrido en inconductas previstas en especial en el artículo 150 del NCPP, o se hayan afectado derechos y garantías fundamentales y judiciales respectivamente.

Solicitar la imposición o revocación de una medida de coerción o la actuación de prueba anticipada; en nuestro Distrito Judicial de Huaura también hemos tenido el caso que cuando se ha procesado, por ejemplo, a un ciudadano por un delito o por varios delitos cuyas sumatorias de penas ya eran altas, pero estos se encontraban con comparecencia simple, se ha pedido la variación por el de prisión preventiva, pues había la posibilidad que aquellos ingresen al penal, peticiones que también han sido incoadas por los mismos agraviados, obligando en muchas ocasiones a los Fiscales a pedir la medida de coerción personal que no existía hasta ese momento; también se puede producir pruebas anticipadas de peritos y de testigos cuando se requiera examinar con urgencia cuando hay motivos de pensar que se va a enfermar, o ausentarse, o haya sido expuesto a violencia o amenaza u oferta para cambiar su versión; también cuando se requiera un careo entre personas que ya han declarado siempre con el presupuesto que después puedan variar sus declaraciones y finalmente reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones que por su naturaleza deban ser considerados actos definitivos e irreproducibles y que mejor que lo practique el mismo órgano jurisdiccional.

Pedir el sobreseimiento, entendiéndose esta facultad como bien amplio, pues las causales del sobreseimiento están expresadas en lo previsto por el artículo 344, ordinal 2do del CPP, esto es, que el hecho de la causa no se realizó, es decir, técnicamente no hay acción u omisión que pueda sustentar un hecho punible; que el hecho no puede atribuirse al imputado, esto es, que la desgracia ocurrió por la presencia de un “casus”, esto es, la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor: eventos que son extrapenales que no pueden generar responsabilidad alguna; que el hecho imputado no es típico, en sus dos modalidades: tipicidad absoluta y tipicidad relativa; o exista

23 Son los casos contenidos en el artículo 1, ordinal 3ro del CPP.



una causa de justificación o inculpabilidad contenidas en la tabla del artículo 20 del Código Penal; o de la existencia de una causa de no punibilidad, es el caso de las excusas absolutorias (a guisa de ejemplo son los casos de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los familiares conforme al artículo 208 del C.P.; o los casos de encubrimiento personal o real que señala el artículo 405 del C.P.); o que exista una causal de extinción de la acción penal (son los casos de muerte del imputado, de prescripción, amnistía y el derecho de gracia, cosa juzgada, extinción de la acción penal por desistimiento o transacción, conforme a lo previsto por el artículo 78 del C.P.²⁴). El sobreseimiento también puede tener un sustento cuando en el material probatorio, en efecto, si ya no hay razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no hay elementos de convicción suficientes para solicitar fundamente el enjuiciamiento del imputado; en este caso, es el Juez quien debe hacer una evaluación y pronóstico de juzgamiento con las pruebas que se han ofrecido, si estas no son evidentes, ni suficientes, el juicio oral no tendrá éxito alguno, de igual manera si aprecia que ya a esas alturas es imposible incorporar nuevos datos no a la investigación, sino al propio juicio oral.

Instar la aplicación de un criterio de oportunidad, como la ley no distingue, puede aplicarse en nuestro concepto un principio de oportunidad, un acuerdo reparatorio o una terminación anticipada como lo hemos hecho en Huaura, esto porque el legislador ha optado por extender la posibilidad de un acuerdo hasta la fase intermedia, por entender que siempre resultarán más beneficiosos y menos gravosas para el acusado que la realización de un juicio oral y la pena que eventualmente se imponga en la sentencia, que puede y de hecho estigmatiza al procesado; por consiguiente si se dicta el auto de apertura de juicio oral, precluye definitivamente la facultad para el planteamiento de un criterio de oportunidad. Algunos jueces aceptan también la terminación anticipada en una audiencia de control de acusación, nosotros también convenimos con tal decisión, pues si consideramos que estamos ante un proceso desformalizado y que de por medio lo que se busca es acuerdos y negociaciones entre las partes, para no llegar al juicio oral, bien se puede incoar la terminación anticipada como medida alterna válida para solucionar el conflicto de orden penal.

24 La presencia de un archivo fiscal, o de un acuerdo reparatorio o la aceptación de un principio de oportunidad, generan que el Fiscal no pueda promover el ejercicio de la acción penal; por consiguiente, éstos son en concepto del autor nuevas causales de extinción de la acción penal.



Ofrecer pruebas para el juicio, adjuntando la lista de testigos y peritos, precisando los hechos que serán materia de examen en el curso del debate, así como presentar documentos que no fueron incorporados antes o señalar el lugar donde se hallan los que deban ser requeridos; en ese sentido, cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estime relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, por ejemplo, el Fiscal puede observar a las pruebas ofrecidas por el acusado si ellas no son conducentes; también se puede pedir la EXCLUSIÓN DE PRUEBAS, basados por ejemplo en la impertinencia de la prueba²⁵, la admisibilidad de prueba pertinente o relevante es una exigencia del principio de economía procesal: ningún ordenamiento jurídico admite el derroche de actividades procesales consistentes en la introducción de pruebas que a priori se presentan inútiles para la determinación de los hechos, esa impertinencia tiene que ser manifiesta²⁶, por ello, se exige que el Juez debe realizar un juicio de anticipación hipotético en un doble sentido: de un lado debe conjeturar que la prueba tenga un resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar; en los que tienen por objeto acreditar hechos públicos (son de esta categoría los hechos generalmente conocidos, como los sucesos de la naturaleza, por ejemplo un huaico en la carretera central) y notorios (como el asesinato de personas en la Cantuta o Cayara), o aquellas fuentes probatorias que proceden de fuentes confiables y de reconocido prestigio y seriedad (por ejemplo mapas, o enciclopedia); la prueba testimonial y documental ofrecida con fines puramente dilatorios, cuando mediante ellas se pretenda acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a su conocimiento del tribunal del juicio oral en lo penal con la finalidad que se reduzca cuando ellos pretenden acreditar los mismos hechos; las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias obtenidas con la violación de garantías fundamentales, en cuyo caso, en el control de acusación la prueba ofrecida es excluida y no podrá ser rendida en juicio y si por descuido

25 “Es impertinente una prueba que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados, por la defensa, esto es, en que no exista ninguna relación lógica o jurídica entre el hecho y el medio de prueba”. De: CLARIA OLMEDO, J. En: *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editorial Buenos Aires. 1962.

26 Por ejemplo todavía algunos Fiscales en su requerimiento de Acusación vienen ofreciendo el Acta de un Principio de Oportunidad o Acuerdo Reparatorio que aceptó el indiciado con la finalidad de reparar los daños ocasionados; pero tal ofrecimiento viola el principio de confidencialidad y por lo mismo no puede ser ofrecido en calidad de prueba para tratar de acreditar el reconocimiento de cargos que hace el indiciado al inicio del proceso.



para dicha prueba, se estaría ante un caso de prueba ilícita (para éste caso se requiere que la evidencia se haya conseguido con afectación de los derechos fundamentales del procesado)²⁷ o prueba nula (para este caso se requiere de una resolución judicial que haya declarado nulo la actuación o diligencia con ocasión del cual se obtuvo la evidencia²⁸).

Objetar la reparación civil en cuanto a su incremento o extensión, ofreciéndose la prueba pertinente para su actuación en juicio oral; es frecuente ver que las Acusaciones no motivan nada para sostener determinado monto de la reparación civil solicitada, es pertinente en ello ofrecer la prueba adecuada a esos extremos, su ausencia permite válidamente objetar la reparación civil por ausencia de motivación y prueba de su cuantificación si estamos hablando de un sistema tradicional de daños y perjuicios, pero si hablamos de un sistema de justicia restaurativa que aprecia al delito desde otra óptica²⁹, por ejemplo, cómo evaluamos los daños ambientales, cómo evaluamos los daños al patrimonio cultural e histórico de la nación, cómo evaluamos los daños provenientes por el uso de productos defectuosos (alimentos, medicinas y otros) o contaminaciones dolosas o culposas.

Establecer convenciones probatorias, es verdad que en nuestro distrito Judicial de Huaura, pese a ser piloto y el resto de distritos judiciales, se hecha poca mano a esta institución propia de un sistema de justicia bajo negociación, y es que las partes, conforme a lo previsto por el artículo 352 ordinal 6to del NCPP, pueden pactar convenciones probatorias, en el sentido de fijar que hechos específicos que se dieron, darlos por acreditados o los medios de

27 Para este caso hay dos posibilidades cuando nos encontramos ante una prueba ilícita, el primero es en juicio, esto es que la prueba no es incorporada al fardo probatorio correspondiente y el segundo, es que pese a que fue incorporado la prueba no es valorado al momento de sentenciar.

28 Es el caso, por ejemplo, de una incautación que tan pronto lo cumplió la policía o el Fiscal no solicitaron la convalidación de la incautación ante el Juez de la Investigación preparatoria en el plazo correspondiente, por tanto se habría vulnerado una norma imperativa, la exclusión solo procederá previa declaratoria de nulidad de la incautación ilícita, por contradecir a lo previsto por el artículo 316 del Código Procesal Penal.

29 "...El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Entre otras consecuencias de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito mas por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, cuya indagación y valoración por la jurisprudencia es percibida, desde algunos enfoques teóricos, como manifestación de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial". De: De Joseph M. Tamarit Sumilla y Carolina Villacampa Estarte. En: *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Editorial Universidad Santo Tomás - Bogotá 2006, p. 322.



prueba necesario para considerarlos probados; acá hay un doble tamiz, el primero es que sin necesidad de pruebas las partes los dan por acreditados, por ejemplo, en un caso de delito de daños por el incendio de cultivos de frijol, las partes estuvieron de acuerdo que se había perjudicado casi dos hectáreas de cultivo, pero no estaban de acuerdo en cuanto a la cuantía del daño resultante de la conducta; en consecuencia, bajo el segundo tamiz, pueden ellos dar por aceptado la cuantía de los daños, conforme lo establezcan los peritos que ellos mismos designen uno por cada parte, éste fue un acto que facilitó parra arribar más fácilmente a otro criterio de justicia negociada, como fue una terminación anticipada del proceso sin llegar a juicio. Pese a la gran utilidad de las convenciones probatorias, su uso es mínimo, tan mínimo que el juez no tiene por qué desvincularse fácilmente de ellos, pese a que el artículo 350 ordinal 2do del NCPP le autoriza desvincularse, probablemente, tal actitud de desconfianza entre los sujetos procesales es producto de un sistema de justicia inquisitiva en el cual se pretende probar todo y en todo caso, pese a tener una institución que es propia del sistema adversarial y que probablemente su uso sea más frecuente luego de su cabal conocimiento y utilidad en la solución del conflicto penal.

Plantear cualquier cuestión que tienda a preparar mejor el juicio, esto es, una cláusula abierta por la cual deja en manos del buen Juzgador resolver casos no reglados, para lo cual podrá recurrir a su discreción, con conocimiento de los demás sujetos procesales. ¿Cuáles podrían ser? Por ejemplo, una prueba de oficio. En ocasiones se ha dado que el Juez cuando ha ido a una audiencia de control de acusación se ha encontrado con un requerimiento de Acusación de un delito de homicidio culposo, sin la partida de defunción, existiendo solo el protocolo de necropsia, ha visto por conveniente ante la inobservancia de la defensa del acusado considerar que debe aparejarse la partida de defunción y por saneado la Acusación, pero condicionado a su entrega, consideramos que tal proceder es válido en función a que devolver la acusación por un acto formal, no justifica tampoco reprogramar la audiencia por la ausencia de éste requisito, pues inclusive hay acuerdo tácito que la muerte ha sido tema central asumido en toda la investigación preparatoria, obviamente esto pasa por un tema elemental de descuido de algunos Fiscales (se pudo observar en un caso de homicidio culposo no haberse adjuntado la partida de defunción y pese a que se ofreció como prueba necesaria, la Juez lo rechazó y apelado que fue por esta negativa y otras, por ante la Fiscal Superior, esta sin mayor argumentación alguna, se desistió de una apelación al sostener que se había deducido en la apelación motivos de nulidad y pedido de revocatoria, obviamente una era después de otra, situación que



entendemos correcto, pero se desistió —esta hubiera sido una oportunidad brillante para esclarecer esta omisión de la prueba de la muerte de la víctima—, el Colegiado, también en similares casos rechazó a las apelaciones que venía con doble pretensión impugnativa, formulando nulidad y pidiendo la revocatoria, es posible hacerlo, solo es necesario argumentarla cabalmente para que los Jueces lo admitan).

X. DECISIONES MÁS FRECUENTES EN LA AUDIENCIA DE CONTROL

Las decisiones que el Juez adopta en la Audiencia de Control de la Acusación son variadas, podemos decir, que se dan las siguientes etapas: 1) Etapa INICIAL, como ya lo hemos sostenido en el punto IV, no es posible un rechazo ab inicio de la Acusación que ni siquiera se ha corrido traslado, que ni siquiera fue observado por los demás sujetos procesales, por lo que oficiosamente el Juez no puede rechazarlo aún en el supuesto de percibir la violación de garantías y derechos fundamentales, pensamos que no es el momento, por ello, la Sala Penal de Huaura en varias decisiones adoptadas por los Jueces de la Etapa de la Investigación Preparatoria de rechazar *in limine* a las Acusaciones revocaron esas decisiones por considerar varias justificaciones, pero consideramos que la fundamental es que el Juez no puede rechazar la acusación, pues ello será invadir roles, pero sí puede hacerlo luego del debido proceso que le espera a la Acusación en la audiencia de control, luego de las objeciones y observaciones que hagan los sujetos procesales, el carácter adversativo le da pie al juez para actuar luego oficiosamente y erigirse como un auténtico Juez de Garantías y rechazar la Acusación inclusive disponiendo su sobreseimiento; en Huaura, un rechazo *in limine* de la Acusación por los Jueces de primer grado fue rechazado cuando iban en apelación al Colegiado, entendemos que es correcto, si apreciamos que el debido proceso, exige que el proceso sea de las partes e ingresa el Juez, al final; 2) Etapa MEDIA, se puede dar las posibilidades que la Acusación sea observada por causales subsanables y de ejecución inmediata entonces el Juez no puede revólver, simplemente en la misma audiencia el Fiscal las puede corregir, pero cuando el Juez aprecia que las observaciones requieren de un mayor análisis puede devolver la acusación para que se corrija y la audiencia se suspenda por el término de cinco días, luego del cual se reanuda, así lo faculta el artículo 352 ordinal 2do del NCPP; se ha tenido una experiencia al respecto en la cual el Fiscal no ha cumplido con subsanar en el plazo memorado, entonces el Juez decretó la CADUCIDAD de la acusación, si bien éste fue el criterio de una corriente minoritaria, ha actuado, dando por no cumplido el mandato y por tanto la caducidad de la actuación



del Fiscal conforme al artículo 144, 1ro del CPP, precedente nefasto que fue corregido por la Sala Penal de la Corte de Huaura³⁰.

También se pueden dar las siguientes decisiones: 2.1) Orden de corrección, en los cuales el Juzgador a pedido de parte o de oficio, puede apreciar que el requerimiento de Acusación contiene errores de cálculo (por ejemplo puede haberse solicitado reparaciones civiles por montos ínfimos, cuando lo que se pretendía eran montos mayores) o requiere de aclaraciones (por ejemplo se ha consignado indebidamente un nombre que no aparece de los actuados como procesado o el mismo nombre de cualquiera de los sujetos está mal redactado), es decir, todos los posibles errores formales pueden ser subsanados en la misma Audiencia, ellos no requieren que se devuelva al Fiscal para que corrija éstos y otros errores de similar naturaleza; 2.2) Mandato de devolución, puede también ocurrir que el requerimiento contenga vicios formales que requieren un nuevo análisis por parte del Ministerio Público, en éstos casos, el Juez devolverá la Acusación³¹ y suspenderá la audiencia por cinco días para que se corrija el defecto, luego del cual la audiencia debe reanudarse. Un punto de debate trae el artículo 352, ordinal 2 del NCPP, pues cuando se realiza la devolución dice que suspende la audiencia

30 Inclusive la Sala Penal Superior de Huaura, ha dicho que en esos casos solo existe responsabilidad disciplinaria y no hay caducidad, ya existen dos pronunciamientos al respecto. Pensamos que los jueces del distrito de Huaura y tal vez de otros, han optado por declarar la Caducidad de la Acusación probablemente motivados por las facultades que así les acuerdan las leyes en otras, latitudes, es el caso concreto del Código Procesal Chileno, en su artículo 270, 3er párrafo; empero considero que la CADUCIDAD no es posible aplicarlo en nuestro medio en función a que la Acusación no puede incurrir en causal de caducidad, si puede incurrir en causal de extinción de la acción penal conforme a la enumeración contenida en el artículo 78 del Código Penal, pero en tanto y en cuanto la caducidad no se encuentre dentro de esa enumeración, el "ius persiquendi" no es posible de caducar, por tanto es una necesidad jurídica optar dicha salida.

31 En el Expediente N° 2007-01337 de Huaura, sucedió una cosa curiosa, y es que el Fiscal, al momento del Control de la Acusación, como quiera que la labor fiscal es corporativa, por el cambio de uno a otro fiscal, el primer fiscal había acusado por el tipo penal de homicidio culposo contenido en el artículo 111 primer párrafo y el segundo fiscal acusó igual, pero vario el tipo penal al 111 tercer párrafo del C.P. además de haber introducido dos pruebas documentales (la historia clínica y la partida de defunción) y dos pruebas orales más; situación que había variado en algo la *causa petendi* en su elemento fáctico y normativo, situación que podría acarrear indefensión, pero como quiera que el control de la Acusación se reanudó, nuevamente se volvió a discutir éstos extremos que fue observado, pero el Juez desestimó las observaciones en el sentido que no se había variado sustancialmente aquellos extremos; por lo que saneó la acusación. Es verdad que éste



por cinco días y debe reanudarse; éste plazo no viene cumpliéndose adecuadamente, pues se han dado casos en los cuales los Fiscales no cumplen en el término legal ya indicado, por tanto, el Juez no puede reanudar la audiencia, entonces el órgano jurisdiccional ha aplicado la caducidad del plazo contenido en el artículo 144, ordinal 1ro del NCPP, y luego decretado la caducidad del requerimiento y por tanto la insubsistencia de la Acusación –inclusive así se ha venido actuando en alguna ocasión en el distrito Judicial de Trujillo–; empero dicha actuación no es posible, puesto que la misma norma última enunciada en el ordinal 2do precisa que los plazos solo tienen como fin regular la actividad del Fiscal y el Juez, y su inobservancia solo acarrea responsabilidad disciplinaria³²; ergo no es posible decretar la caducidad de la Acusación. Sin embargo, lo que sí puede hacer el juez es que como quiera que ha dispuesto la devolución de la Acusación y no se hubiera subsanado, debe llevar adelante la audiencia de control de la acusación por la reanudación que ordena la norma, y como no se han subsanado los defectos, podría decretar el sobreseimiento en presencia de defectos que hagan insostenibles la acusación, proceder que nos parece más prudente. 2.3) Decisiones sobre el fondo a pedido de parte, el artículo 352 ordinal 3ro precisa que el Juez, puede estimar cualquier excepción o medio de defensa, deducido por la parte, debe dictar en la misma audiencia la resolución que corresponda, y sobre tal decisión puede haber apelaciones; los jueces vienen concediendo apelación, pero lo hacen con efecto diferido, cuando no es posible hacerlo sino es en los extremos para el cual está previsto conforme al artículo 410 ordinal 1ro del NCPP con lo cual desnaturalizan el procedimiento, pues cuando el caso llega para juicio oral, lo primero que ve un juez de fallo es apreciar la apelación diferida y resolverlo, otros esperan que se debata todo el juicio oral y allí recién resuelven la apelación diferida; esto consideramos que no es correcto, pues en todos éstos casos resulta aplicable lo previsto por el artículo 9 ordinal 2, o sea formar el cuaderno de apelación y de inmediato elevarlo al Superior; pero no hacerlo como se viene actuando. Otro problema que vengo apreciando como

tema es discutible, pues si el Fiscal ofrece más medios probatorios, se puede entender que ya no se trata de vicios formales subsanables o no, sino se trata de introducir prueba que pueden variar la *causa petendi* en su aspecto normativo, como en efecto sucedió; en todo caso habrá que apreciarse las particularidades concretar de cada uno de ellos.

32 En el sistema chileno ello no es posible, pues el artículo 270 de su código adjetivo penal, en el tercer párrafo dice: “si el ministerio público no subsanare oportunamente los vicios, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que existiere...”.



Fiscal de Audiencias, es que las Salas Penales creemos que viene interpretando inadecuadamente las normas relativas a la apelación de esta clase de incidentes; el ordinal en comento —el 3ro— al indicio dice: "... De estimarse cualquier..." seguidamente la misma norma vuelve a sostener "Contra la resolución que se dicte, procede recurso de apelación" es decir, procede el recurso de apelación contra la resolución estimatoria; pero, por tanto, si realizamos una interpretación "a contrario sensu" del mismo ordinal tendremos como respuesta que contra la resolución desestimatoria no procede el recurso de apelación; éste tipo de interpretación lo hacemos también tomando como referencia lo previsto para el sobreseimiento que cuando la decisión del juzgador es desestimatorio se consigna que no es impugnabile, fluye para ambos casos una interpretación sistemática por comparación de normas o por "topografía" dentro de un mismo Título que es referido a la Acusación; no siendo válido, por tanto, sostener que la excepción resulta apelable recurriendo a lo previsto por el artículo 9 ordinal 1ro del NCPP que es referido a norma aplicable dentro de la investigación preparatoria; tampoco resulta válido recurrir a la norma general contenida en el artículo 416 ordinal 1ro, literal b) que refiere aparentemente que procede la apelación de todos los autos que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, pero que en todos ellos queda extinguida la acción penal o se ponga fin al procedimiento o a la instancia; esto por que causa un gravamen irreparable el hecho que la acción penal culmine y con ella la pretensión punitiva del Estado; ergo cuando los Jueces de la Investigación Preparatoria conceden apelación pese a que han desestimado excepciones o medios defensivos y el juez de fallo se avoca a resolver sin realizar su facultad de "doble calificación" que les asiste conforme al artículo 421 ordinal 2 del NCPP, lo único que hace es incrementar su carga y pervertir que la impugnación es excepcional y para casos expresamente autorizados declarados apelables, según el artículo 416 ordinal 1, literal e del código adjetivo penal, 2.4) Decisiones sobre el fondo de oficio, el artículo 352 ordinal 4to precisa que el Juez de oficio o a pedido de parte puede dictar el SOBRESEIMIENTO cuando concurren las mismas causas que se dan conforme al artículo 344 ordinal 2do³³, esta facultad acordada al juzgador realmente es bien difícil, pues bajo la égida de esta norma los jueces proceden a sobreseer muchos casos y para ello realizan ampulosas

33 "El sobreseimiento procede cuando:

- a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado;
- b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad;



construcciones y elucubraciones jurisdiccionales con la finalidad de sustentar el sobreseimiento, cuando la norma más bien indica lo contrario, en efecto el ordinal 4to precisa, que si se dan las causales del sobreseimiento y “...siempre que resulten evidentes...” es decir, procederá el sobreseimiento cuando sin hacer mayor esfuerzo resulta claro, diáfano y evidente que el hecho objeto de la causa no se realizó³⁴ o no pueda atribuirse al imputado³⁵ o concurren las demás circunstancias ya mencionadas; pero, lo más resaltante es una segunda advertencia que se hace al juzgador (la primera está contenida en el artículo 344 ordinal 2. inciso d), cuando dice “No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar...” diciendo: “... y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba”, lo que quiere decir que el Juzgador está sometido a doble control, primero que el sobreseimiento lo dictará cuando todo es EVIDENTE y en segundo lugar cuando NO HAY RAZONABLEMENTE la posibilidad de realizar actividad probatoria, de lo que se colige si no se cumplen con estas exigencias el sobreseimiento no se puede dar; en todo caso, tendrá que irse a juicio oral.

2.4) Decisiones sobre la admisión de los medios probatorios, las pruebas que son ofrecidas en el nuevo sistema, pasan por un riguroso sistema de admisión controlables por los sujetos procesales, pero decididos en cuanto a su admisión por el juez de control de la investigación preparatoria; en ese sentido, una primera exigencia es que el sujeto procesal que ofrece la prueba debe especificar el probable aporte a obtener para el mejor conocimiento del caso, creo de una interpretación literal no da mayores problemas; empero cuando hablamos conforme al artículo 352 ordinal 5to, literal b) del NCPP,

c) La acción penal se ha extinguido; y

d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado”.

34 Por ejemplo el caso fue de la Universidad Faustino Sánchez Carrión, en el cual se formuló imputación por el hecho que había adquirido una máquina para hacer fotocheks, la modalidad que se formuló fue estafa; era evidente que no hay tal delito, sino, hay un incumplimiento de contrato perseguible en sede civil, lo que motivó que el caso fuera sobreseído; en otras ocasiones, el juzgador determinó que no había causa en un caso de omisión a la asistencia familiar porque el imputado nunca fue requerido con el mandato civil que contenía la deuda alimentaria que en buen romance se estaba hablando de un requisito de procesabilidad o cuestión previa.

35 Es el caso, por ejemplo, de un accidente de tránsito que hubo en la provincia de Oyon, en el cual resultaron 42 muertos y al final se determinó que fue producto de un deslizamiento de la carretera, es decir, fue un caso fortuito o “hecho de Dios”.



esto es que el acto probatorio sea pertinente, conducente y útil ya el tema es mas complejo, pues en doctrina, la PERTINENCIA importa toda una doctrina correctamente desarrollada si bien nuestro Código en el artículo 156 ordinal 1, sostiene que las pruebas se admiten a petición del Ministerio Público y demás sujetos procesales. El Juez decide su admisión y solo excluye las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley. Decir que esto es o no PERTINENTE indica un término indefinido, que debe ser precisado. La pertinencia es condición necesaria –pero no suficiente– para la admisibilidad de cualquier tipo de evidencia, esta, ayuda al juzgador a adjudicar las controversias que tiene ante sí; se trata de evidencia que arroja luz sobre las cuestiones en controversia; dice Chiesa que la PERTINENCIA tiene dos componentes: valor probatorio y materialidad; el que ofrece una determinada evidencia pretende con ello probar algo, algún hecho o proposición. Digamos que A es la evidencia ofrecida y B es lo que pretende probar el proponente mediante A. La noción de VALOR PROBATORIO se refiere al valor inferencial de A para deducir B, lo que se quiere probar. Por otro lado, la MATERIALIDAD se refiere a la relación de B con los hechos y cuestiones de derecho en controversia. Digamos que se somete a una acusación bajo el artículo 173 del Código Penal delito de violación de menores, imputándose al acusado tener relaciones sexuales con una niña de 13 años. La defensa ofrece como evidencia testimonio del acusado en términos de que la niña lo había invitado a su casa y fue ella quien se quitó la ropa y comenzó a acariciarlo. La defensa ofrece esta evidencia (A) para que el juzgador infiera el consentimiento de la niña a la relación sexual (B). Ciertamente A ayuda al juzgador a inferir B, lo que satisface el aspecto de valor probatorio de A. Pero de conformidad con el derecho sustantivo penal aplicable, no se satisface el requisito de MATERIALIDAD, pues B es “inmaterial”, por cuanto el consentimiento de la niña no es defensa, ni es causal eximente de responsabilidad. El consentimiento es inconsecuente, y por lo tanto la evidencia ofrecida para establecer tal consentimiento es impertinente por inmaterial. En el contexto del derecho americano, teniendo como referencia la Regla 18 de Evidencia de Puerto Rico se establece la definición técnica de pertinencia: “Evidencia pertinente es aquella tendente a hacer la existencia de un hecho más probable o menos probable de lo que sería sin tal evidencia; dicho hecho debe, a su vez, referirse a una cuestión en controversia o a la credibilidad de algún testigo o declarante”. En Sudamérica, el Código de Procedimientos Penales de Colombia en su artículo 375 precisa que se entiende por PERTINENCIA y dice que es: El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad

penal del acusado. También es pertinente cuando solo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito". Las similitudes de ambas normas es evidente, por tanto, cuando el legislador peruano introduce la terminología que el acto probatorio propuesto ha de ser "conducente y útil" no resulta técnico a la luz de la doctrina internacional, pero entendemos que lo ha hecho para facilitar a través de una interpretación literal que ese medio probatorio ofrecido debe ser conducente para probar el hecho punible y útil como fuente probatoria que acredita el hecho ya mencionado; por tanto, el legislador peruano sin ser muy técnico ha sido sencillo y al alcance de cualquier operador del derecho. 2.5) Decisiones sobre las convenciones probatorias, como fiscal de primera instancia en la investigación preparatoria y como fiscal de audiencias ya en segunda instancia he constatado en éstos tres años de vigencia del nuevo Código que los sujetos procesales muy poco o casi nada usan las Convenciones Probatorias, probablemente por la conducta confrontacional que tenemos y todavía pervive del sistema inquisitivo no llegamos a suscribir convenciones respecto a las pruebas, en muy poquísimas ocasiones se ha realizado, pero la institución está allí esperando que nuevas conductas procesales aprovechen su bondad; aunque, es verdad que una convención probatoria permite a los sujetos procesales proponer acuerdos acerca de los medios de prueba que no serán necesarios para que determinados hechos se estimen probados, conforme lo autoriza el artículo 350 ordinal 2 del NCPP; en este caso, por ejemplo, es posible dar por establecido la muerte de una persona solo con el informe policial y su necropsia, sin ser necesario la partida de defunción, o establecer que ambos estuvieron en la escena del crimen y a la hora del hecho punible, pero no están de acuerdo quien comenzó el pleito, lo cual resulta muy interesante, pues permite realizar solo la necesaria y mínima actividad probatoria y respecto a los puntos controvertidos (como dicen los civilistas), en consecuencia la convención, el convenio o el acuerdo no solo vincula a las partes que en cierta manera son dueños del proceso, sino también que vincula y obliga al Juez; sin embargo, la misma norma se ha encargado de quitarle virtualidad, cuando esta misma norma sostiene seguidamente que el Juez, exponiendo los motivos que lo justifiquen puede desvincularse de esos acuerdos, y si no fundamenta la convención probatoria surtirá sus efectos conforme a los extremos pactados. Y es que una convención probatoria recibirá una resolución especial de solemnidad, esto es que el Juez la admita conforme lo precisa el artículo 352 ordinal 6to del NCPP, en el sentido que esa resolución inclusive no es recurrible y fija, en el auto de juzgamiento que emite el juez de la investigación preparatoria que ha controlado la acusación, los hechos específicos que se dieron por



acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados. Una pregunta que queda en el tintero, el Juez de fallo (unipersonal o colegiado) podrá desvincularse de la Convención Probatoria aprobada por el Juez de la Investigación Preparatoria, realmente no hemos tenido experiencia ante semejante problema, pero considero que si la etapa estelar del proceso es el juzgamiento, si el juez de fallo goza de un poder discrecional, previa solicitud de parte, y con la fundamentación del caso, el juez en el propio juzgamiento puede desvincularse de una convención probatoria, para llevar adelante mejor el juzgamiento respectivo, pues sobre sus hombros recae la decisión final.

2.6) Decisiones sobre las medidas de coerción, el Juez de la Investigación Preparatoria, no puede modificar "ex officio" las medidas cautelares dictadas y pendientes al momento del Control de la Acusación; bajo el sistema "rogado", las medidas cautelares merecen una pedido de parte, el Fiscal puede pedir que subsistan las medidas o en su caso podrá solicitar su variación o que se dicten otras según corresponda³⁶ o solicitar la imposición de las medidas de coerción; con esa misma potestad del sistema "rogado" en cuanto a la variación de las medidas de coerción, el imputado con su defensor también tiene esa misma facultad, pues el artículo 350 del código ya acotado, permite la revocación de una medida de coerción³⁷, el problema en que se pueden encontrar es que si el imputado pide la variación debe tener en su haber elementos de convicción actuados en sede fiscal y con control de las partes, salvo que tenga en su haber los elementos de convicción tan contundentes

-
- 36 En el Expediente N° 306-2009 por el delito de Robo Agravado en el cual la Sala Penal Superior, negó el pedido del imputado a variar la medida de comparecencia restrictiva solicitado por el Fiscal Provincial ante el Juez de la Investigación Preparatoria, en el sentido que habiendo emitido su Acusación consideró que el imputado no podía seguir con el mandato de comparecencia simple, sino debía cambiarse a la comparecencia restrictiva en función a que venía siendo procesado por un delito grave, y que su prisión podía ser inminente, en tal sentido correspondía asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, estableciendo el Juez de la Investigación preparatoria una serie de reglas e inclusive caución.
- 37 Igualmente la Sala Penal Superior de Huaura, en el Expediente N° 293-2009, sobre Violación de Menores, consideró que no era legal la variación de un mandato de prisión preventiva por el de comparecencia restrictiva solicitada por el imputado y negada en principio por el Juez de la Investigación Preparatoria, bajo el sustento fundamentalmente que no habían los elementos de convicción suficientes como para enervar los elementos de convicción que se habían presentado con control Fiscal para dictar la prisión preventiva; esta decisión es importante, pues señaló que los elementos de convicción actuados con control Fiscal son los que deben merecer mayor credibilidad, que los medios de convicción que presentó el imputado, sin control fiscal (presento declaraciones juradas ante el Notario Público y no ante el Fiscal), y con los que pretendía enervar el mandato judicial de prisión preventiva.

como los indicados de prueba anticipada y la presentación de prueba documental para decidir cualquiera de los supuestos del artículo 350 del NCPP, entre los que se encuentra la variación de la prisión preventiva. 2.7) Decisiones sobre la actuación de medios probatorios, el Juez de la Investigación cuando convoca a la audiencia preliminar de control de la Acusación, no puede actuar diligencias de investigación, pues su función es controlar los actos de los sujetos procesales y no es juez de actuación de medios probatorios, sin embargo, el artículo 351 ordinal 1 del NCPP, permite residualmente proceder a la actuación de prueba solo en dos casos: 1ro el trámite de la prueba anticipada en todos los supuestos contenidos del artículo 242, con las formalidades correspondientes y el tiempo suficiente, puede recibir la testimonial, la declaración de un perito, un careo, reconocimientos, inspecciones o reconstrucciones; es obvio que tendrá que suspender la Audiencia de control de Acusación hasta que se cumplan estas actuaciones; y 2do igualmente puede proceder a la recepción de documentos para que ellos tengan la misma virtualidad de ser creíbles y actuados bajo control de las partes en especial cuando se han formulado Acusaciones Directas³⁸. 3) Etapa FINAL, se da el Saneamiento de la Acusación, cumplidos todos los trámites anteriores o los fundamentales en cada caso en concreto, el Juez de la Investigación Preparatoria está en la aptitud de dictar el Auto de Enjuiciamiento; el cual no es recurrible y debe contener, bajo sanción de nulidad: el nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en éste último supuesto hayan podido ser identificados, de modo tal que es posible que un caso termine sin saber el nombre de un agraviado en concreto, de lo que se colige que es posible condenar a alguien sin que exista el cuerpo del delito (por ejemplo se haya desaparecido a la víctima); también debe expresarse 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 que se admitieron para su actuación en juicio oral y las convenciones probatorias, aunque estas no son usadas en nuestro medio y pensamos que difícilmente lo son en el resto de distritos judiciales donde se viene aplicando el nuevo Código Procesal Penal, dado que firmar una convención probatoria aparentemente perjudicaría a la defensa del imputado y favorecería a la Fiscalía y motiva-

38 En el mismo caso del Expediente N° 293 - 2009 de Huaura, el defensor del imputado sostuvo que no tuvo tiempo de actuar sus medios de pruebas documentales como eran las declaraciones juradas ante el Notario, ante la existencia de una Acusación Directa, pero tal situación no le impedía a él a solicitar la actuación de sus pruebas documentales ante el Juez de la Investigación Preparatoria, para que sus documentos generen convicción y de esa manera lograr la variación de la prisión por el de comparecencia.



dos por una “cultura confrontacional” por lo que el uso de las convenciones son muy escasas. El artículo 353 del NCPP, también sostiene que debe expresarse a las partes constituidas, como el actor civil, el tercero civil responsable; y finalmente la orden de remisión al Juez encargado del juicio oral. Una facultad importante que se ha otorgado al Juez de la Investigación Preparatoria en la Etapa Intermedia sea de oficio o a petición de parte, se pronuncie sobre la procedencia de medidas coercitivas personales o reales, como también puede pronunciarse sobre la dictación de la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado. Un aspecto interesante que viene ocurriendo es qué pasa si emitido el auto de enjuiciamiento elevado la carpeta fiscal, evidencia, y objetos incautados y demás actuados al Juez de Juzgamiento, hay la necesidad de la revocación o sustitución de las medidas de coerción personal, semejante pedido de parte de la defensa del imputado donde debe recurrir al Juez de la investigación o al Juez del juzgamiento? Entendemos que debe recurrir al primer juez indicado, pues éste sigue siendo competente para resolver las medidas cautelares, dado a que de esa manera se resguarda el sistema de la doble instancia, y es el Juez que ha conocido todos los detalles y circunstancias que han hecho posible la dictación de la prisión preventiva, quien mejor para revocarla o sustituirla, a pesar que físicamente los presos preventivos ya han sido puesto a disposición del segundo juez, tal como se evidencia del artículo 354 ordinal 2do del NCPP.

Finalmente, el auto de enjuiciamiento debe notificarse al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales, con la finalidad que los sujetos procesales, en el término de cinco días, procesal a su revisión, eventual solicitud de copias simples o certificadas y, en su caso, instar la incorporación de alguna pieza, actas, evidencia, informes, resoluciones o su exclusión de una que no corresponda incorporar, corriéndose traslado de la misma a los demás sujetos procesales por igual plazo, conforme lo estatuye el artículo 137 del Código, norma que no es advertida por jueces, fiscales o sujetos procesales, dándose los Jueces de Juzgamiento con sorpresas desagradables sin que las partes hayan hecho algo por evitar que lo remitido vaya incompleto (por ejemplo, no se han presentado evidencias fundamentales para poder ser reconocidos por los sujetos procesales, como son grabaciones, evidencia material como son armas, videos, pericias entre otros).

XI. CONCLUSIONES

Es una realidad que la ETAPA INTERMEDIA es nueva en el actual modelo procesal penal que consigna el Código Procesal Penal, y está estructurado



fundamentalmente para el control de la Acusación aunque también lo es para el control del sobreseimiento (que será debatido en otra oportunidad); nunca antes una Acusación fue controlada antes del Juicio, hoy el imputado fundamentalmente, pero también el resto de sujetos procesales (agraviado, actor civil, perjudicado, procurador, tercero civil) tienen la posibilidad de control de la acusación, el mismo que es intenso y rico en contenidos, el Abogado tiene un papel central, es el protagonista para un adecuado control, es el interesado que causas inútiles no lleguen a juicio al igual que el Juez, pero, ese debate dialéctico debe darse correctamente y fundamentalmente debe estar presente en el ofrecimiento de las pruebas y su pertinencia no debe ir más allá de lo que realmente quiere la norma: un control formal y sustantivo en los casos expresamente sostenidos en la norma y que lo hemos comentados desde nuestra óptica, pero no puede llevarnos a pretender realizar absoluciones anticipadas basado en subjetivismos sobre la actuación de pruebas que deben ir a debatir al juicio oral, caso contrario, se estaría afectando el propio DEBIDO PROCESO DEL CONTROL DE LA ACUSACIÓN, he pretendido analizar que es lo que se discute en la audiencia de control de la Acusación y por ahora solo alcanzo éstos razonamientos propios no solo de la aplicación de la norma pensado en abstracto o casos de laboratorio, sino son los casos que realmente se producen a diario, en el amplio debate entre Jueces, Fiscales y Abogados en nuestro Distrito Judicial de Huaura, probablemente muchas de las soluciones no consolidan sino introducen la duda creadora, con el único afán de obtener una posición crítica y que se espera mejorar el debate, nuestros casos y su desarrollo los he relatado como se vienen cumpliendo en nuestro centro piloto en la aplicación del nuestro nuevo sistema procesal penal, con errores y virtudes, pero siempre con el afán libertario del sistema inquisitivo, como lo fue Huaura libertario del yugo español, curiosidades que se dan en la historia, en este caso, en la historia del derecho procesal penal peruano.



TÍTULO III
EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

Artículo 353. Contenido del auto de enjuiciamiento

1. *Resueltas las cuestiones planteadas, el Juez dictará el auto de enjuiciamiento. Dicha resolución no es recurrible.*
2. *El auto de enjuiciamiento deberá indicar, bajo sanción de nulidad:*
 - a) *El nombre de los imputados y de los agraviados, siempre que en este último supuesto hayan podido ser identificados;*
 - b) *El delito o delitos materia de la acusación fiscal con indicación del texto legal y, si se hubiere planteado, las tipificaciones alternativas o subsidiarias;*
 - c) *Los medios de prueba admitidos y, de ser el caso, el ámbito de las convenciones probatorias de conformidad con el numeral 6) del artículo anterior;*
 - d) *La indicación de las partes constituidas en la causa.*
 - e) *La orden de remisión de los actuados al Juez encargado del juicio oral.*
3. *El Juez, si resulta necesario, de oficio o según el pedido de parte formulado conforme a lo dispuesto en el numeral 1 c) del artículo 350, se pronunciará sobre la procedencia o la subsistencia de las medidas de coerción o su sustitución, disponiendo en su caso la libertad del imputado.*

Artículo 354. Notificación del auto de enjuiciamiento

1. *El auto de enjuiciamiento se notificará al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.*
2. *Dentro de las cuarenta y ocho horas de la notificación, el Juez de la Investigación Preparatoria hará llegar al Juez Penal que corresponda dicha resolución y los actuados correspondientes, así como los documentos y los objetos incautados, y se pondrá a su orden a los presos preventivos.*



JURISPRUDENCIA SOBRE EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO

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

Resulta claro que en el presente caso, el bien jurídico tutelado es la fe pública, considerada como un valor abstracto, que significa confianza, creencia fundada en las seguridades o la consideración que algo o alguien inspira, o, la confianza o creencia que cualquier miembro del grupo social tiene en lo que se entrega o muestra, por la certeza que de ello da el Estado, sin duda que al hablar del delito de falsedad, indiferentemente que sea sobre un documento público o privado, el titular del bien jurídico –la fe pública–, sigue siendo el Estado, por ello debió haberse consignado en el requerimiento acusatorio del Ministerio Público.

El hecho que el delito contra la fe pública, produzca también un perjuicio a algún particular, permite que dicho particular, también pueda ser considerado como agraviado, pero no resulta posible que se excluya al Estado como tal.

Que, tal como ha quedado probado, se ha seguido un proceso penal con desconocimiento de una de las partes, el Estado, privándola del ejercicio de su legítimo derecho de defensa durante la etapa intermedia y el juicio oral, donde incluso se han dictado decisiones jurisdiccionales perjudiciales a su interés de parte configurándose de esta manera perjuicio irreparable que sustenta la nulidad absoluta deducida. Por ello, esta situación tiene que ser corregida a fin de garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías del debido proceso penal, conforme a la causal de nulidad absoluta prevista en el artículo 150 del Código Procesal Penal, inciso d, nulidad que debe comprender y ser extensiva tanto a la sentencia absolutoria como condenatoria, así como el auto de enjuiciamiento, y la audiencia de control de acusación, a fin de que previa devolución que deberá hacer el Juez de Investigación Preparatoria del dictamen acusatorio, el Ministerio Público pueda subsanar la omisión de no haber considerado al Estado como agraviado.

Que, siendo la presente resolución una de carácter anulatoria del proceso, y que no es por consiguiente una resolución que ponga fin al proceso penal, conforme al inciso 1 del artículo 497 del Código Procesal Penal, no procede la imposición de costas procesales en esta instancia.



RESOLUCIÓN:

Que, por todas las consideraciones expuestas, analizando los hechos y las pruebas con las reglas de la sana crítica, y de conformidad con las normas antes señaladas, la SEGUNDA SALA PENAL DE APELACIONES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD POR UNANIMIDAD, RESUELVE:

(...)

ANULAR el auto de enjuiciamiento y la audiencia de control de acusación, del presente caso, a fin de que el Juez de Investigación Preparatoria que sea competente, proceda a devolver el requerimiento fiscal para que se subsane la omisión de considerar al Estado como agraviado.

TÍTULO IV
EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

Artículo 355. Auto de citación a juicio

1. *Recibidas las actuaciones por el Juzgado Penal competente, éste dictará el auto de citación a juicio con indicación de la sede del juzgamiento y de la fecha de la realización del juicio oral, salvo que todos los acusados fueran ausentes. La fecha será la más próxima posible, con un intervalo no menor de diez días.*
2. *El Juzgado Penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio. En la resolución se identificará a quien se tendrá como defensor del acusado y se dispondrá todo lo necesario para el inicio regular del juicio.*
3. *Cuando se estime que la audiencia se prolongará en sesiones consecutivas, los testigos y peritos podrán ser citados directamente para la sesión que les corresponda intervenir.*
4. *El emplazamiento al acusado se hará bajo apercibimiento de declararlo reo contumaz en caso de incomparecencia injustificada.*
5. *Será obligación del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales coadyuvar en la localización y comparecencia de los testigos o peritos que hayan propuesto.*

JURISPRUDENCIA SOBRE EL AUTO DE CITACIÓN A JUICIO

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
SALA PENAL DE APELACIONES DE TRUJILLO

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

21. Si bien el artículo 355 inciso 2) del Código Procesal Penal dispone que el Juzgado Penal ordenará el emplazamiento de todos los que deben concurrir al juicio, dicha norma no debe ser interpretada llanamente en su literalidad —ni como obligatoria imposición al personal auxiliar jurisdiccional, ni como necesaria imposición a los sujetos procesales— sino en consonancia con los principios acusatorio, adversarial y de igualdad de armas que inspiran nuestro sistema procesal y que constituyen fundamento de interpretación por disposición del artículo X del Título Preliminar del anotado, desde esa perspectiva, corresponde en principio a los sujetos procesales poner en conocimiento de sus órganos de prueba, el contenido del auto de citación a juicio, y procurar su efectiva concurrencia al juzgamiento oral para acreditar sus respectivas teorías del caso.



22. Esta Sala Penal estima que la citación o comunicación a los órganos de prueba con el contenido del auto de citación a juicio por los sujetos procesales no vulnera el contenido esencial de derechos y garantías previstas por la Constitución, específicamente el debido proceso invocado por la parte apelante, por el contrario, contribuye a consolidar el modelo que inspira el nuevo Código Procesal Penal a través del asentamiento de una buena práctica que posibilitará que sean las partes quienes se interesen en llevar a juicio a sus testigos o peritos, como en efecto mayoritariamente viene sucediendo en la práctica judicial, esa es la regla general para efectivizar su comparecencia.
23. No obstante, la regla indicada precedentemente, existen algunos casos en los que la citación o comunicación a los órganos de prueba podría resultar inoficiosa como lo son los supuestos de testigos hostiles (testigos que está en contra de los intereses de la parte que lo ofrece) o de funcionarios o servidores públicos (para cuya comparecencia o permiso del superior jerárquico para tal fin, requieren justificar un emplazamiento judicial); en esos casos, con ocasión del ofrecimiento de sus medios probatorios en la etapa intermedia, los sujetos procesales deberán invocar motivadamente tales circunstancias, requiriendo que el emplazamiento para el juzgamiento oral sea efectuado por el órgano jurisdiccional.
24. Los apercibimientos que la norma procesal establece para el caso de inconcurrencia de los órganos de prueba se efectivizan teniendo en cuenta, en principio, la posición de la parte oferente sobre el particular, tal es así que pese a que un testigo válidamente emplazado por la autoridad judicial no concurre a la audiencia, y que correspondería efectivizar el apercibimiento de conducción compulsiva, puede la parte que lo propuso prescindir de su actuación por convenir a sus intereses. Desde esa perspectiva, en aquellos casos en que pese a la citación o comunicación efectuada por los sujetos procesales, el órgano de prueba no concurre al juzgamiento oral, será la parte quien deberá requerir al Juez su emplazamiento judicial, la efectivización de una orden de conducción compulsiva o simplemente optar por prescindir de su actuación.
25. El auto de citación a juicio deberá establecer claramente que es obligación de las partes llevar al juicio oral a sus órganos de prueba, y hacerles conocer además que tienen el deber de comparecer a dicha audiencia, caso contrario podrían ser objeto de los apercibimientos previstos en la ley.



26. En atención a las consideraciones expuestas, esta Sala Penal de Apelaciones considera que con la decisión judicial de requerir a las partes la citación de sus órganos de prueba para el juzgamiento oral, no se ha vulnerado el debido proceso, debiendo disponer que la magistrada en lo sucesivo adecúe la expedición del auto de citación a juicio con las especificaciones efectuadas en la presente resolución, efectivizando la obligación y el derecho de las partes a llevar a sus testigos y peritos a juicio oral.



ETAPA DE JUZGAMIENTO

COMENTARIOS:

- La fase de juzgamiento
- El juzgamiento en el nuevo proceso penal
- Relevancia de la teoría del caso en el juzgamiento penal
- La publicidad del juicio oral y sus restricciones
- La incomparecencia del acusado en el juicio oral
- 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?
- El rol del fiscal en el nuevo diseño procesal penal y la construcción de su teoría del caso
- Examen de testigos y peritos en la audiencia del juicio oral
- Las pruebas de oficio en el Nuevo Código Procesal Penal.



SECCIÓN III
EL JUZGAMIENTO
TÍTULO I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 356. Principios del Juicio

1. *El juicio es la etapa principal del proceso. Se realiza sobre la base de la acusación. Sin perjuicio de las garantías procesales reconocidas por la Constitución y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú, rigen especialmente la oralidad, la publicidad, la inmediación y la contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observan los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y presencia obligatoria del imputado y su defensor.*
2. *La audiencia se desarrolla en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas hasta su conclusión. Las sesiones sucesivas, sin perjuicio de las causas de suspensión y de lo dispuesto en el artículo 360, tendrán lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del Juzgado.*

COMENTARIO 1:

LA FASE DE JUZGAMIENTO*

PABLO SÁNCHEZ VELARDE

Constituye la fase de preparación y de realización del juicio oral y que culmina con la expedición de la sentencia sobre el caso penal. La parte central es el juicio oral, espacio procesal donde las partes habiendo asumido posiciones contrarias debaten sobre la prueba en busca de convencer al juzgador sobre la inocencia o culpabilidad del acusado.

Esta fase se inicia con el auto de citación de juicio (artículo 355) que es resolución judicial que contiene el lugar donde se realizará el juicio oral, cuya fecha será la más próxima posible con un intervalo no menor a diez (10) días. El juez del juicio llamado Juez Penal unipersonal o colegiado estará a cargo de su dirección y responsabilidad. El Juzgado Penal se encargará de notificar a todas

* Artículo también publicado en el Instituto de Ciencia Procesal Penal.

las personas que deben concurrir al juicio, la designación del abogado defensor del acusado cuidará de disponer lo necesario para la realización del juicio.

Los testigos y peritos serán citados para la fecha de inicio del juicio, sin embargo, cuando el juez estime que la audiencia se prolongará, por cuestiones de complejidad del caso, sea por el número de acusados o agraviados, los citará para la fecha en que deban declarar. De esa manera se evitará la concurrencia innecesaria de dichos órganos de prueba a una audiencia en la que no van a declarar. Se agrega en la norma procesal que la citación al acusado se realizará bajo el apercibimiento de ser declarado reo contumaz, en caso de que no concurra injustificadamente a la audiencia.

1. PRINCIPIOS RECTORES DEL JUICIO ORAL

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

a) **Principio de Oralidad.** Una de las características más sobresalientes del nuevo proceso penal es el predominio de la oralidad de sus diligencias. Este principio exige una relación procesal mucho más directa y de respuesta inmediata, no solo entre las partes, sino también de la decisión judicial. Y ello se aprecia fundamentalmente en el juicio oral, pues se establece que la audiencia se realizará oralmente, pero todo lo dicho y actuado se documentará en acta, que contendrá un resumen o síntesis de lo actuado (artículo 361). A diferencia de la legislación vigente, el acta será firmada solo por el Juez y el Secretario, y las partes podrán hacer las observaciones que estimen pertinentes, pero no registrarán su firma, lo que en procesos complejos puede demandar mucho tiempo.

También se establece que todo pedido o cuestión que se formule en audiencia se hará oralmente, prohibiéndose la lectura de escritos que se presentan con dicho fin (artículo 361.3).

Por último se admite la posibilidad de registro técnico de lo actuado en la audiencia, como por ejemplo, el video o audio.



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

El juicio reservado puede ser total o parcial, en este último caso, superado el motivo, se permitirá el ingreso del público (artículo 357. 3). Se establece que la sentencia siempre será pública, con excepción de aquellos casos en que por interés de menores de edad se disponga lo contrario.

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

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

- c) **Principio de contradicción.** Que se sustenta en la posibilidad de que las partes puedan sustentar en un juicio sus posiciones respecto de los cargos de imputación y de la prueba. Las pruebas se actúan y se debaten en el juicio oral –salvo los casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal– lo que hace del juicio que éste sea contradictorio, con posiciones adversarias opuestas. El momento central radica en el debate sobre la prueba y las argumentaciones parciales y finales sobre las mismas a efecto de generar convicción en el juzgador para su decisión en la sentencia. Hay que señalar que la contradicción se manifiesta también en otras etapas del proceso cuando la autoridad judicial dispone la realización de audiencias para resolver lo que pida el Fiscal o la parte interesada, previa posición y debate de estas en forma oral. Como se podrá observar, el legislador pone el acento de este principio en todo el proceso.

- d) **Principio de inmediación.** Este principio exige un acercamiento entre el Juez y los órganos de prueba, sea el acusado, agraviado o testigo, y a través de los interrogatorios en la audiencia oral. Ello le permite conocer no solo de la personalidad del examinado, sino también la forma de su reacción frente a otras pruebas, de tal manera que la audiencia judicial conoce de algo más de lo que se ha dicho en el juicio. La inmediación también se manifiesta cuando el juzgador aprecia directamente las pruebas materiales o instrumentales. Este principio se impone en las audiencias realizadas en las etapas anteriores, pero no cabe duda que para el juicio resulta de suma utilidad para el juez en la apreciación de la prueba.
- e) **Principio de continuidad.** Que se evidencia en la posibilidad de que la audiencia oral se inicie y continúe hasta su culminación, a fin de evitar dilaciones y atendiendo también a otro principio que es el de concentración que debe merecer un caso que se debate en el juicio oral.

2. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

- a) El juicio oral estará bajo la dirección del Juez Penal o Presidente del Juzgado Colegiado (o de alguno de sus integrantes), a quien le corresponde toda la organización y responsabilidad del caso; asimismo, debe de garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa. Controlar la intervención de las partes, incluso puede limitar el uso de la palabra fijando límites igualitarios en caso complejos o interrumpir su ejercicio si la parte realiza un “uso manifiestamente abusivo de su facultad” (artículo 363).
- b) El juicio oral será continuo, se suspenderá en los casos que prevé la ley y no se podrá iniciar otro juicio mientras no se culmine con el primero (artículo 360.5). Se pretende con ello que iniciada una audiencia continúe esta hasta culminación, de esa manera el juzgador se deberá avocar solo a un caso penal de manera concentrada y resolverá el mismo en el tiempo estrictamente necesario.
- c) Complementando lo señalado anteriormente, se regula la suspensión y la interrupción de la audiencia (artículo 360). Esta solo podrá suspenderse por enfermedad del juez, fiscal, imputado o defensor; por razones de fuerza mayor o caso fortuito y en los casos que ley lo señale (para constituirse fuera de la sede a recibir una testimonial, por ejemplo).

Esta suspensión no puede exceder de 8 días hábiles. Si fuese mayor a dicho plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto todo lo actuado durante el juicio.

- d) Las incidencias que se promuevan durante la audiencia serán promovidos en un solo acto y resueltos por el juez inmediatamente escuchando a las partes (artículo 362). Como se ha señalado antes, la oralidad prima en el juicio, por lo tanto, las alegaciones como las decisiones jurisdiccionales serán igualmente orales, dejándose constancia en acta.
- e) Cabe resaltar que se amplían las facultades del juzgador en cuanto a su poder disciplinario en la audiencia. En efecto, el juez debe de mantener el orden en la sala de audiencias; puede disponer la expulsión de la persona, incluso de algún sujeto procesal, que perturbe su desarrollo; podrá ordenar, además, la detención hasta por 24 horas a quien amenace o realice agresión contra el juez o alguna de las partes o sus abogados o de alguna manera impida la continuación del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.
- f) Mediante el poder discrecional, el juez puede resolver cuestiones no regladas o previstas en la ley procesal y que surjan en el juicio, debiendo dictar resolución motivada. Ello permitirá al juzgador resolver incidencias o cuestiones (autorización para atención médica, justificar inasistencias de testigos o procesados, diligencia judicial, recepción de documento, por ejemplo) presentadas en audiencia, lo que permitirá su mejor desarrollo.

3. ACTOS PREVIOS E INICIALES DEL JUICIO ORAL

Para efecto de la realización del juicio oral es necesario preparar el debate (artículos 367-370), es decir: a) es necesario la presencia del acusado; la audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado, si no ha justificado su inasistencia entonces será declarado reo contumaz, ordenándose su captura; b) la ley procesal establece que existiendo otros procesados presentes se continuará con la audiencia; c) el acusado va libre al juicio, en caso de que el acusado esté detenido entonces será acompañado por la policía por la posibilidad de fuga o ejercicio de la violencia; d) el lugar natural de la audiencia es la sede judicial, pero puede realizarse en todo o en parte, en el lugar donde se encuentre el procesado enfermo o en la sede judicial ubicada adyacente o dentro de los establecimientos penales; y e) la audiencia solo podrá instalarse con la presencia del juez, el fiscal, el acusado y su defensor,

principalmente; también pueden concurrir los demás sujetos procesales si se hubieran apersonado. Se debe señalar que, como en la legislación vigente, el juez tiene frente a él al acusado, a la derecha, al fiscal y la parte civil, y a su izquierda, al defensor del acusado.

En la fecha señalada para la audiencia, con la presencia del juez, acusado y las partes se dará inicio al juicio, para lo cual, siguiendo ya una costumbre judicial, el Juez enunciará el número del proceso, la finalidad del juicio, el nombre del acusado, su situación jurídica, el delito y el nombre del agraviado. Naturalmente, la presencia de las partes así como los demás datos que se exigen, serán verificados por los auxiliares judiciales antes del inicio de la audiencia. También podrá observarse que desaparece aquella parte inicial –aún vigente– llamada generales de la ley, siendo reemplazada por la verificación de los datos ya indicados por parte del juez. Cualquier información adicional puede ser objeto de las preguntas que formule el fiscal o su defensor.

Seguidamente se le concederá la palabra al fiscal a fin de que oralice su acusación escrita, es decir, deberá exponer brevemente los términos de la acusación: hechos, calificación jurídica y las pruebas que ha ofrecido y fueron admitidas; al actor civil y el tercero civil harán lo propio; el abogado del acusado será el último en exponer sus argumentos de defensa y pruebas admitidas. Esta fase es importante pues delimita los argumentos iniciales sobre los hechos y sobre el derecho que las partes llevan al juicio y exponen ante el juzgador. El Fiscal presenta su caso y la parte contraria hace lo propio.

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

Lo que si resulta novedoso e importante dada la forma procesal vigente es la referida al derecho del acusado en juicio para “comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia”, lo que amplía el derecho al acusado y lo paralice la audiencia”, lo que amplía el derecho al acusado y lo ubica en el ámbito de una defensa comunicativa inmediata con el abogado que le asiste. Pero ello también va a generar al menos dos medidas inmedia-

tas a cargo del juzgador, primero, ordenar la forma en que esta comunicación deba llevarse a cabo, dada la distribución y ubicación de los sujetos de la relación procesal en juicio, facilitando la comunicación cuando sea necesaria y sin perturbar el desarrollo de la audiencia, pero respetando su ubicación procesal; y segundo, en virtud del principio de igualdad procesal, conceder el mismo derecho a la parte agraviada constituida como actor civil en el juicio. Es necesario señalar que este nuevo juicio no es igual al que se realiza en sistemas jurídicos como el norteamericano, donde el defensor se ubica al lado de su defendido.

Finalmente, sobre este tema, se establece que el derecho a la comunicación con el defensor concedido al acusado no se producirá cuando éste presente su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen, lo que resulta coherente si se tiene en cuenta que el acusado debe de contestar de manera libre y espontánea, aún cuando haya concertado previamente con su defensor. Esta disposición procesal acentúa la posición contradictoria o adversarial en el juicio.

4. LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DEL JUICIO

Se trata de uno de los mecanismos de abreviación o simplificación del proceso que prevé la nueva legislación procesal –y que se ha introducido– mediante ley en el Código vigente por la cual se puede dar por culminado el juicio oral –y el proceso penal– si el acusado admite ser el responsable del delito y asume la reparación civil formulada en la acusación fiscal. El efecto inmediato es que no hay debate contradictorio y se dicta la sentencia dentro de las cuarenta y ocho horas.

Sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 372 del nuevo Código procesal, esta simplificación del juicio presenta determinadas características que pasamos a señalar:

- a) Corresponde al juez formular la pregunta de conformidad al acusado, en el sentido si está de acuerdo con los términos de la acusación, pedido de pena y de reparación civil que formula el Fiscal. No habría impedimento para que el acusado o su defensor hiciera el pedido escrito o verbal al juez.
- b) Ante la pregunta del juez el acusado, previa consulta con su defensor, podrá contestar afirmativamente, en cuyo caso, el juez declarará la conclusión anticipada del juicio, no hay más diligencias y se dictará la sentencia dentro de las 48 horas siguientes.

- c) Se posibilita que el acusado pueda conferenciar previamente con el fiscal a fin de llegar a un acuerdo sobre la pena, lo que podrá realizar, entendemos, incluso antes de la audiencia.
- d) El procesado puede aceptar los hechos expuestos en la acusación, pero puede expresar su disconformidad con la pena y/o con la reparación civil, en cuyo caso, el juez escuchará a las partes y si se mantiene la contradicción, de limitará el debate a uno o ambos extremos cuestionados, determinando la actuación probatoria.
- e) Si fueren varios los acusados solo uno de ellos acepta esta conclusión anticipada, podrá resolverse en dicho extremo y continuarse con el juicio respecto de los demás.
- f) Como regla general, se acepta la conformidad en los términos del acuerdo; sin embargo, existe el control de legalidad que el juzgador debe hacer sobre el mismo. En tal sentido, si pese a la aceptación de cargos, el juez considera que el hecho no constituye delito o existe causa de eximente o atenuación de la responsabilidad penal, dictará la sentencia como corresponda. Resulta obvio que el juez tiene una vinculación relativa con el acuerdo que lleguen las partes. El juez tampoco se encuentra vinculado de manera absoluta con el extremo del acuerdo sobre la reparación civil (artículo 372.4)

5. LA ADMISIÓN DE NUEVA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL

Como regla general, se actuarán en el juicio oral las pruebas que han sido admitidas por el juez en la etapa intermedia se garantiza, de esa manera la vigencia de los principios de comunidad de la prueba y la igualdad procesal, principalmente. Sin embargo, se prevé que las partes podrán reiterar el ofrecimiento de pruebas que no fueron admitidas, pero se requerirá de especial argumentación, es decir, el solicitante tendrá la posibilidad de replantear sus fundamentos para que acepten sus medios probatorios anteriormente negados (artículo 373.2).

El legislador ha querido ser muy amplio en el tema probatorio dejando al juez del juicio la posibilidad de evaluar la admisión de las pruebas que se actuarán ante él, sin embargo, este hecho, aún cuando su decisión sea inapelable, puede generar un nuevo debate entre las partes y posibilitar la dilación del juicio, sobre todo en casos complejos donde no han sido admitidos un número significativo de medios probatorios. En todo caso, corresponderá al Juez –teniendo en cuenta lo resuelto por el juez de la investigación prepa-

ratoria sobre este punto— limitar el debate y posible admisión solo las que considere pertinentes.

6. POSIBILIDAD DE AMPLIACIÓN DE CARGOS DE LA INCRIMINACIÓN

El nuevo Código procesal establece la posibilidad de que el Fiscal formule una acusación complementaria durante el juicio oral. En primer lugar, se exige se trate de incluir un hecho nuevo o de una nueva circunstancia no mencionada en su oportunidad, lo que hace modificar la calificación jurídica o integra un delito continuado. Si los hechos o las circunstancias nuevas aparecen como consecuencia de los debates orales e el juicio, no habría inconveniente procesal alguno, pues precisamente, es el momento en que se conocen las pruebas, se analizan, se relacionan con otras, bajo los principios de contradicción e inmediatez.

El mismo artículo 373 también establece que si el juez durante la actividad probatoria o al final de la misma, observa la posibilidad de una calificación jurídica que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado, quienes se pronunciarán e incluso podrán ofrecer pruebas. A diferencia de la legislación vigente en donde el juzgador puede apartarse de los términos de la acusación y posibilitar la ampliación del contradictorio aún de oficio, en el nuevo código, si el Fiscal acoge la observación hecha por el juez, podrá formular su acusación complementaria, caso contrario, el juicio seguirá su curso regular.

7. EL ORDEN EN EL EXAMEN DE LA PRUEBA

El legislador ha previsto un orden en el examen de la prueba en juicio, dejando que las partes intervengan en la decisión que, finalmente, corresponderá al juez.

En efecto, el artículo 375 establece que el debate probatorio se iniciará con: a) el examen del acusado; b) la actuación de los medios de prueba admitidos; y c) la oralización de los medios probatorios. Es el orden que se sigue en el sistema vigente; quizás se hubiera posibilitado que el interrogatorio del acusado se realice en último lugar.

Además, se establecen determinadas reglas genéricas o modalidad en tales exámenes. Así pues debemos señalar las siguientes:

- a) El juez decide el orden en que deben declarar los acusados, pero previamente debe de escuchar la posición de las partes; lo mismo hará con los otros medios de prueba que fueron admitidos. Lo que significa que, en

esta fase inicial del juicio, las partes ya conocen la secuencia de la actuación de la prueba y podrán elaborar su estrategia de defensa o reforzar la que tuvieran.

- b) Se introduce el interrogatorio directo. En efecto, durante el juicio, tanto el Fiscal como los defensores puede interrogar directamente a los órganos de prueba: acusados, testigos y peritos. Al juzgador le corresponderá el control de las preguntas (que sean pertinentes, no capciosas, ni sugeridas) tal como lo establece el Código.
- c) El juzgador puede intervenir de oficio cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera, es decir, la pregunta es para ellos. La ley procesal establece que excepcionalmente podrá intervenir para interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío (artículo 375.4). La intervención del juzgador es muy importante en sistemas procesales como el nuestro; nuestra justicia exige no solo un debate entre las partes en el juicio sino además, el debido esclarecimiento de lo sucedido a fin de que se decida la inocencia o culpabilidad del acusado. En tal sentido, estimar que el juez va a dejar librado el esclarecimiento de los hechos imputados a lo que las partes discutan en el juicio, sin mayor intervención, o quizás, excepcionalmente, no se encontraría acorde con nuestra realidad, ni el mismo sistema que se está implementando, ni con otras disposiciones del mismo Código, en donde la intervención del juez es de oficio e incluso puede sobreseer el proceso; además, porque no nos encontramos ante un sistema de jurado, sino ante un Juez que necesita adquirir la convicción necesaria para dictar la sentencia. En todo caso, consideramos que la intervención excepcional del juez podría ser la regla en tanto dure el proceso de transición al nuevo sistema y quizás más.

8. EL EXAMEN DEL ACUSADO

Como se ha dicho, el acusado será la primera persona a interrogar, si se rehúsa a hablar, el juez le hará saber que igualmente el juicio continuará y se procederá a dar lectura a sus declaraciones anteriores. El objeto del interrogatorio se centra en el conocimiento de las circunstancias del caso, su contrastación con los otros elementos probatorios que permiten al juzgador la formación de la convicción necesaria, para su decisión final; en el caso de



sentencia condenatoria, será útil para la determinación de la pena y la reparación civil.

El acusado responderá a las preguntas libremente, relatará los hechos, hará las aclaraciones y explicaciones sobre su caso. La ley establece que las preguntas deben ser directas, claras, pertinentes y útiles; no se admiten preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya ha declarado, salvo que se trate de una aclaración necesaria. Están prohibidas las preguntas capciosas, impertinentes y las de respuesta sugerida.

En este interrogatorio como en la de los demás órganos de prueba la intervención judicial es importante a fin de controlar la pertinencia, claridad y utilidad de las preguntas; en caso las observe, deberá la parte procesal reformular la pregunta. En este último caso, resultaría opinable que el juez reconduzca o aclare la pregunta (como aún sucede en la práctica judicial), pues se entiende que la parte conoce el caso, va preparada al juicio y debe formular debidamente sus preguntas. El juez también puede declarar inadmisibles las preguntas prohibidas.

Se establece, en el mismo artículo 376, que el defensor del acusado será el último en proceder al interrogatorio de su patrocinado.

Por último, tratándose de varios acusados, éstos serán examinados en el orden preestablecido, incluso, como sucede en la legislación vigente, en forma separada, sea de oficio o a solicitud de las partes, precisándose que en el caso de interrogatorio por separado, el juez deberá al final del mismo y en presencia de todos, hacer una síntesis oral (pero que puede constar por escrito) de los puntos más importantes expresados por cada uno de ellos, quienes podrán (o sus abogados) hacer las aclaraciones o rectificaciones haciéndose constar en acta (artículo 377). Los aspectos más importantes deben estar relacionados con los hechos que se juzgan, sin que ello signifique introducir alguna carga subjetiva en su determinación.

9. EL EXAMEN DE TESTIGO Y PERITOS

El examen de los testigos y de los peritos presenta características que sobresalen a las que actualmente conocemos; algunas de ellas son comunes y otras –como debe ser– también distintas. En cuanto a las características comunes y previa verificación de los datos de identidad de los mencionados órganos de prueba, debemos señalar las siguientes (artículo 378):

- a) Los testigos y peritos prestan juramento o promesa de decir la verdad.
- b) Los testigos y peritos son examinados, en primer lugar, por la parte que los ofreció y luego por las otras partes.



- c) El testigo o perito expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.
- d) Si alguno de ellos ya no se acuerda de un hecho, se le puede leer parte de su interrogatorio anterior; igualmente se procederá si se hace notar la contradicción con su anterior declaración.
- e) Sus declaraciones o afirmaciones pueden ser confrontadas con otras declaraciones hechas por ellos mismos u otras personas.
- f) Los testigos y peritos pueden ser sometidos a un nuevo interrogatorio en la audiencia, si la parte lo pide y lo autoriza el juez.
- g) Si el testigo perito no concurre a la audiencia, pese a ser debidamente citado, será conducido compulsivamente por la autoridad policial por disposición del juez. Si no es localizado, el juicio seguirá su curso prescindándose de dicha prueba (artículo 379).
- h) El juez puede disponer que determinado acusado no se encuentra presente en la audiencia si existen elementos de juicio para temer que el testigo o perito e, incluso otro acusado, no dirá la verdad en su presencia. Culminada la declaración, el acusado deberá conocer lo que dijo el testigo o perito (artículo 380).
- i) Si el testigo o perito no puede concurrir a la sede judicial por existir impedimento justificado, serán examinados donde se encuentren, e incluso puedan utilizarse medios técnicos como la videoconferencia; además de posibilitarse la delegación de la diligencia a otro juez, pero con intervención de las partes, pudiendo utilizarse, el video, la filmación o el audio.
- j) El juez ejercerá la labor del control del interrogatorio a fin de evitar las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes.

En el caso específico de los testigos se debe señalar las siguientes notas características:

- a) Se examina al testigo bajo las mismas reglas del interrogatorio del acusado.
- b) Antes de declarar los testigos no podrán comunicarse entre sí; tampoco deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencia.
- c) Se prohíbe dar lectura de la declaración testimonial anterior si el mismo testigo niega su testimonio en el juicio oral.
- d) Tratándose de testigo menor de 16 años, el interrogatorio estará a cargo del juez, en base a las preguntas que formulen las partes, aunque podrá



ser interrogado por estas si con ello no se afecta su serenidad. También se autoriza la concurrencia de un familiar y/o de un psicólogo.

En el caso específico de los peritos habría que señalar que igualmente la diligencia es dirigida por el Juez, a) se inicia el interrogatorio con la exposición resumida del contenido y las conclusiones del dictamen pericial, por el personal auxiliar jurisdiccional, pudiendo leerse, incluso, todo el dictamen pericial; b) se procederá al reconocimiento del dictamen por lo peritos; c) se les pedirá que expliquen el procedimiento que han seguido; d) luego serán interrogados por las partes, conforme al orden establecido por el juez; e) se prevé que los peritos pueden consultar documentos, notas y publicaciones durante el examen; y f) se establece también el debate pericial.

10. EL EXAMEN DE LA PRUEBA MATERIAL

La llamada prueba material es aquella que directa o indirecta se encuentra vinculada al hecho delictivo y que con fines de esclarecimiento y comprensión sobre lo ocurrido debe ser expuesta ante el juzgador analizada por las partes.

El artículo 382 establece que las pruebas materiales son aquellos instrumentos o efectos del delito, o los objetos o vestigios incautados o recogidos en la escena del crimen o durante la investigación o incorporados con anterioridad al juicio oral, serán “exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.” En tal sentido, dicho material probatorio (arma blanca, revólver, carta, dinero, vestimenta, u otro instrumento u objeto) podrá ser presentado tanto al acusado, testigo como perito, con ocasión de su declaración o examen, para que procedan a su reconocimiento y expliquen sobre ello.

11. LA ORALIZACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL

La oralización de la prueba documental tiene por finalidad conocer del contenido de determinados documentos para el análisis y debate por las partes y, naturalmente, para que el juzgador vaya formando convicción sobre el mismo. Es lo que nosotros conocemos como la llamada “lectura de piezas”.

No toda la documentación existente en el expediente será objeto de lectura y debate, pues solo se han examinar aquellas que hayan sido admitidas en la fase intermedia.

El nuevo Código Procesal en el artículo 383.2, prohíbe oralizar los documento o actas que se refieren a la prueba actuada en el juicio oral; incluso, se establece que aquellos documentos o actas que pretendan ser introducidos a la audiencia mediante su lectura no tendrán valor, lo que resulta coherente con al admisión previa de las pruebas. En cambio, taxativamente se establece (artículo 383.1) que se podrá incorporar para su lectura:

- a) Las actas que contienen la prueba anticipada.
- b) La denuncia, la prueba documental o de informes, las certificaciones o constataciones.
- c) Los informes o dictámenes periciales; las actas de debate pericial, con intervención de las partes o con su debido emplazamiento, y cuando el perito no haya concurrido al juicio oral.
- d) Los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe.
- e) Las declaraciones testimoniales actuadas por exhorto.
- f) Las declaraciones prestadas ante el fiscal, con la concurrencia o emplazamiento debido de las partes, cuando el declarante no pueda concurrir a juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero, o causa independiente a la voluntad de las partes.
- g) Las actas levantadas por la policía o por el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles (actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación, allanamiento y otras)

Cada una de las partes pedirá al juzgador que disponga la lectura del documento escrito o visual para proceder a su análisis, luego de lo cual podrá hacer lo propio la parte contraria. Por ello es que el legislador ha señalado que la oralización incluye “además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.” Las normas de procedimiento se pueden resumir en las siguientes:

- a) La oralización se realizará cuando indistintamente la pida el fiscal o las demás partes, pero se sigue en orden y bajo la dirección del juzgador. La inicia el fiscal, sigue el defensor del actor civil, del tercero civil responsable y al final, el defensor del acusado.
- b) La parte que pide la oralización debe de indicar el folio o documento y expresará oralmente lo que considere útil o importante para su pretensión. Si el documento (informe o grabación) es muy amplio se podrá disponer de su lectura o conocimiento parcial.



- c) También se establece que los videos, sonidos o soporte informático podrán ser reproducidos según su forma habitual.
- d) Una vez concluida la oralización, el juez concederá la palabra a las partes a fin de que se pronuncien sobre su contenido, lo que en el fondo constituye el análisis que hace sobre la prueba actuada.

Se desprende del análisis de las normas contenidas en los artículos 383 a 385 que el juez abrirá el momento procesal de la oralización preguntando al Fiscal qué documentos de los señalados líneas arriba considera deben darse lectura o visualizarse o escucharse, señalando folio o ubicación del mismo expediente, señalará brevemente su importancia y utilidad, como lo exige la ley, se admitirá por el juzgador y se procede a dicho acto procesal. Al término del mismo, el fiscal hará un análisis o comentario, igualmente breve, de dicho documento. Acto seguido, el juzgador le concederá la palabra a los otros defensores a fin que puedan hacer su correspondiente análisis o comentario. Culminados los pedidos de oralización del fiscal, se procederá igualmente con los que ofrezca cada uno de los defensores, a cuyo término de exposición seguirá la del fiscal y las otras partes. En el mismo contexto, si el fiscal no pide la oralización de prueba no significa que no pueda comentar lo que se oralice a pedido del defensor del acusado.

La oralización de la prueba documental para casos complejos puede tomarse muy extensa, pero constituye garantía propia del debate.

12. LA PRUEBA DE OFICIO

El nuevo Código también considera que puede ser importante para el juicio oral la actuación de prueba de oficio. En tal sentido, se prevé que a) de oficio o a pedido de parte, el juzgador puede ordenar la realización de una inscripción (técnico judicial) o una reconstrucción; para ello se requiere el previo debate de las partes; b) una vez culminada, la actuación de la prueba y de manera excepcional, el juez pondrá, de oficio o a pedido de las partes, nuevos medios probatorios si resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. Lo que nos parece de suma importancia si se tiene en cuenta que el nuevo proceso no es uno de partes sino bajo la dirección e intervención del juzgador.

13. LOS ALEGATOS FINALES

El análisis sobre los hechos materia de la acusación y sobre aspectos jurídicos de todo lo actuado en la audiencia corresponde a las partes y se le



conoce tradicionalmente como los alegatos finales. Se trata del momento culminante del contradictorio donde el fiscal, el actor civil, el tercero civil responsable y el defensor del acusado van a sustentar sus pretensiones acusatorias y absolutorias buscando generar en el juzgador la convicción necesaria para su decisión final.

A diferencia de la legislación vigente, el nuevo Código hace algunas precisiones y otorga nuevas facultades a las partes así como al juzgador.

- a) El orden a seguir en los alegatos es como se ha señalado: primero, el fiscal, luego el actor civil, el tercero civil, el defensor de la acusado y se agrega la autodefensa del propio acusado, si lo considera necesario. Si está presente el agraviado, podrá tener el mismo derecho de alegación, pero el acusado siempre será el último en declarar.
- b) Las partes no podrán leer escritos, pero si podrán utilizar apuntes, notas, incluso emplear gráficos o ayudas audiovisuales para una mejor ilustración al Juez.
- c) El juzgador fijará el tiempo prudencial a las partes para la exposición de los alegatos, atendiendo a la naturaleza y complejidad del caso (número de delitos de acusados o agraviados), pudiendo llamarles la atención cuando se trate de manifiesto abuso de la palabra e, incluso, podrá fijar un tiempo límite.
- d) Constituye regla que al finalizar el alegato, el orador debe de expresar sus conclusiones de modo concreto, es decir, si se pide la condena, la pena y reparación civil, o la absolución o reducción de la pena pedida por el acusado, o la determinación del monto de la reparación civil, por ejemplo.
- e) No se exige que las conclusiones de las partes se presenten por escrito.
- f) El fiscal en su alegato mantendrá su acusación escrita si los cargos de imputación se han corroborado; pedirá la adecuación de la pena, si han surgido nuevos elementos de juicio que permitan aumentar o disminuir la pena y reparación civil; podrá pedir la imposición de una medida de seguridad y también podrá retirar la acusación fiscal, en caso de que se hayan desvirtuado las pruebas de cargo (artículo 387).
- g) El alegato del actor civil centrará su alegato en la cuantía de la indemnización, pidiendo la restitución del bien o su valor. Puede analizar y esclarecer las circunstancias del hecho delictivo para sustentar su pretensión civil, pero se le prohíbe expresamente calificar el delito (artículo 388).



- h) El alegato del defensor tercero civil responsable podrá analizar el hecho delictivo, cuestionar el daño o su magnitud, o negar la responsabilidad civil solidaria o el monto de la reparación civil peticionada (artículo 389).
- i) El alegato del defensor del acusado deberá centrarse en el análisis de los argumentos de imputación, de las pruebas actuadas, la responsabilidad penal, grado de participación atribuida a su patrocinado, la pena, y la reparación civil. Concluirá pidiendo la absolución del acusado, la atenuación de la pena u otro pedido que pueda favorecer a su patrocinado (artículo 390).
- j) En cuanto a la autodefensa del acusado, se establece que se le concederá la palabra al finalizar el alegato de su defensor a fin de que exponga lo que estime conveniente a su defensa; es el derecho a la última palabra del acusado antes de conocerse la sentencia.

De ser el caso, se le limitará el tiempo de exposición (artículo 391).

COMENTARIO 2:

EL JUZGAMIENTO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES*

En el Nuevo Código Procesal Penal se inserta un modelo acusatorio con rasgos adversariales, en el que para garantizar la imparcialidad objetiva del juez, las partes son las que producen las pruebas e interrogan, y concluido ello, si el juez, para formar mejor su convicción, considera la actuación de alguna prueba, solo por excepción se le autoriza hacerlo de oficio, pues como tercero no tiene la obligación ni un plan para probar los hechos. Ya que debe permitir la igualdad de armas entre el Ministerio Público, el acusado y su abogado, quienes a través de una posición adversarial intentan probar su plan o teoría del caso.

También, para conservar su imparcialidad objetiva, el juez debe dejar que las partes objeten, a fin de que entre ambas se produzca la mejor calidad de la información, pues los dos tienen su teoría del caso, han investigado a los testigos y otros elementos de convicción, y están en mejores condiciones que el juez para establecer si les conviene objetar la pregunta o no, pues de repente si es sugestiva, pero la respuesta que se dé es conveniente y la deja pasar. Aunque nuestro Código Procesal establece que el Juez de oficio puede declarar la objeción de la pregunta por sugestiva, cuando contiene la respuesta; capciosa o ambigua, cuando se trata de inducir a error al testigo; o compuesta cuando contiene varias preguntas a la vez, y si responde afirmativamente no se sabe por cual de ellas lo hace y se induce a error.

El juez carece de una teoría del caso y, por lo tanto, no tiene qué probar. Repetimos que es un tercero imparcial, es un árbitro, que debe dejar que igualdad de armas sean las partes las que, a través de los interrogatorios adversariales establezcan sus pretensiones.

Sin embargo, el juez tampoco puede permitir que haya un abuso del derecho y que, por ejemplo, el abogado del acusado no tenga la formación profesional necesaria, o sea no conozca las técnicas de litigación oral, y no sea parte de su estrategia no objetar la pregunta, porque la respuesta le conviene

* 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.



y tal omisión se repite varias veces, advirtiendo el juez que el motivo es su desconocimiento. Por lo tanto, tendrá que intervenir objetando la pregunta e indicar el fundamento jurídico (sugestivo, capcioso o compuesto), llamar al abogado y plantear que si el caso es muy complejo para él puede requerir, por ejemplo, el apoyo de un defensor de oficio.

De lo contrario se vulneraría del derecho de defensa y sería el motivo del recurso de apelación o casación. Pues con las actas o grabaciones del juicio oral que tendrán a la vista los jueces de las instancias superiores, podrán comprobar ello y declarar la nulidad o la incorrecta aplicación del derecho y casar la sentencia.

El modelo en que operan los jueces es uno acusatorio, pero con rasgos adversarial y no adversarial, porque este último exige que tanto en la audiencia inicial como en la intermedia, además de la presencia física del fiscal y el abogado del acusado, quienes plantean sus pretensiones y argumentos, concurren el imputado, la víctima, los testigos para que el juez, a través de los interrogatorios que haga a estos –muy breves por supuesto, por el estado del proceso y la finalidad que tienen–, forme su convicción directamente de la fuente o de los órganos de prueba que percibieron los hechos y no sobre la base del discurso de los abogados del caso, que no han visto la producción del delito sino que han sido informados por las partes, como se ha previsto en nuestro Código Procesal Penal.

Entendemos que el nuevo Código Procesal Penal tiene que adecuarse a nuestra realidad e idiosincrasia, y que nos encontramos en una etapa de transición entre el Código de Procedimientos Penales de 1940, que contiene un modelo inquisitivo reformado, pese a todas las modificaciones, aunque algunos sostengan que es mixto, y uno acusatorio adversarial.

Esto último conforme con el sistema de Estados Unidos de América o de Puerto Rico, donde también hay procesos con jueces profesionales que juzgan y sentencian. Por ello, el cambio que se hace es importante, pero progresivo, para contar con un modelo acusatorio más adversarial, lo que no solo dependerá de los legisladores, sino de lo que la jurisprudencia considere poderes de oficio al juez del juzgamiento, que a mi criterio, en cuanto a aportar prueba de oficio, debe ser la excepción, pues, las partes deben proveerla contradictoria o adversarialmente.

El nuevo proceso penal no es adversarial, porque:

- Se indica que es el juez quien en el juicio oral decidirá el orden de las pruebas, tema que expliqué en la primera parte publicada el 9 de marzo.



- Se prohíben las preguntas sugestivas para quien contrainterroga, única forma como se podría contrarrestar la predisposición del testigo a favorecer la estrategia de quien lo presentó y así obtener la mejor calidad de información que brinde a través de interrogatorios adversariales, y que el juez, ante tal contradicción, corrobore o desvirtúe la información.

El interrogatorio:

El interrogatorio del acusado, al tener libertad de declarar, lo haría para ejercer su derecho de defensa, y por lo tanto, primero lo tendría que efectuar su abogado; sin embargo, se ha previsto que lo inicie el fiscal y de la misma forma que si se tratara de su testigo con un interrogatorio directo y con preguntas abiertas, por lo que podrá decir lo que quiera y cómo va a defender su inocencia y, el fiscal, al no ser un contrainterrogatorio, no podrá hacerle preguntas sugestivas, ni confrontando con otras declaraciones o evidencias con preguntas de tipo cerrado, para de esta manera ejercer con éxito su función acusadora.

El perito:

Se permite que el perito declare espontáneamente y después de que lea su dictamen recién se iniciará el interrogatorio por las partes, ya sin mayor sentido, pues, el perito habrá dicho lo que quiere, cuando la convicción del juez debe ser producto del examen de las partes y el papel que contiene el dictamen pericial, que no habla, no puede ser examinado, no se ruboriza, por lo que su sola lectura no cumple intermediación y oralidad.



COMENTARIO 3:

**RELEVANCIA DE LA TEORÍA DEL CASO
EN EL JUZGAMIENTO PENAL***

JAVIER YSRAEL MOMETHIANO SANTIAGO**

I. TEORÍA DEL CASO

La teoría del caso es la óptica que proponen las partes (acusadora o defensa) respecto a los sucesos ocurridos que son materia de controversia, puesto que permiten construir una historia –no sencilla– relevante con contenido penal al ser producto de la conjunción de la hipótesis fáctica, jurídica y probatoria, en tal sentido es un razonamiento –jurídico o extrajurídico– oral, retórico, y dialéctico como destreza de su aplicación, ya que su comunicación debe ser una coherente y convincente historia que dramatiza y humaniza el letrado.

Por eso, Muñoz Neira considera que la teoría del caso “en el fondo es un proyecto de ‘vida’ del juicio para cada una de las partes”¹

Para Mauet “la teoría del caso, antes que nada, explica por qué la gente implicada actuó del modo en que lo hizo”², esto no implica una visión criminológica de predisposición por la desviación, sino que se refiere al móvil de quien actúa, puesto que “nuestra teoría del caso no puede consistir en cualquier cosa que nos parezca conveniente inventar sino que depende fuertemente de las proposiciones fácticas que podemos probar en el juicio”³.

* Mi agradecimiento a Mario Martínez Puente, Gerente General de Ediciones Legales por invitarme a participar en esta obra colectiva, y a la abogada Stefania Alejandra Talavera Jiménez por su colaboración en la selección bibliográfica y jurisprudencial de este trabajo de investigación.

** Abogado (1998), Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional Federico Villarreal (2006), Profesor asociado de Derecho Penal de la Academia de la Magistratura (2006), Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (2007), Asesor Legal de la Asociación Nacional de Magistrados del Ministerio Público (2007), Integrante de la Comisión Consultiva de Criminología del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2011), Profesor visitante de la Escuela de Criminalística de la Policía Nacional del Perú (2011), Profesor invitado de Derecho Penal y procesal penal de la Universidad Privada de Ica (2012), Magister en Derecho Penal, y siguiendo estudios de Doctorado en Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2012).

1 MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*, p. 167.

2 MAUET, Thomas A. *Estudios de técnica de litigación*, p. 61.

3 BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal juicio oral y prueba*, p. 102.



La complejidad de la información permite que las partes utilicen las ayudas audiovisuales para transmitir el discurso, facilitando su asimilación para el juez penal unipersonal o colegiado, aunque se debe tener presente que el abuso de los medios tecnológicos nos llevarían a renunciar al nuevo modelo procesal penal de rasgos adversariales.

En general, la teoría del caso se construye desde el momento en que se tiene conocimiento del hecho y no necesariamente a partir de la *notitia criminis*. Inicialmente se plantea –sin ningún tipo de orden– como hipótesis (borrador de la teoría del caso) sujetas a verificación durante la investigación preparatoria las cuales deben ser saneadas y fortalecidas en la etapa intermedia, para que se conviertan en teoría y se presente en el juicio oral.

En lo particular, las partes construyen sus proposiciones fácticas –una o varias– encuadradas en elementos legales que estructuran el delito, sustentadas con medio probatorios, con el fin de presentar un relato lógico (entendimiento cronológico del tema), creíble (seguridad de lo que se narra), y persuasivo (convencimiento del juzgador).

En tal sentido, si los hechos no son subsumibles dentro de la figura penal solo tendremos una simple historia, pero no un caso penal; asimismo no habrá causa penal y solo una historia delictiva, si los hechos encuadran en la figura penal, sin aporte probatorio.

1. Funciones de la teoría del caso

La teoría del caso cumple las funciones siguientes:

- Identifica el tema y hechos relevantes que las partes presentarán para su defensa o acusación.
- Facilita el interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales.
- Establece las pruebas conducentes, pertinentes, útiles y permitidas, que indagará y solicitará la parte procesal en la sala de audiencia.
- Permite presentar y organizar los alegatos iniciales y finales de las partes.
- Adopta y desecha las estrategias de defensa

2. Características de la teoría del caso

Para que tenga utilidad la teoría del caso es relevante considerar las características siguientes:

- Sencillez. Consiste en dejar de utilizar raciocinios densos fácticos y dogmáticos.



- Única. Debe ser presentada como un relato que no plantea teorías del caso alternativas.
- Legal. La teoría del caso debe fundamentarse en la norma jurídica que sea aplicable al caso materia de juzgamiento.
- Lógica. Significa que debe existir armonía y coherencia al inferir las consecuencias jurídicas del suceso que la soportan.
- Creíble. Consiste en que nuestros argumentos deben ser reales con el propósito de que se convenza al juzgador penal.
- Suficiencia jurídica. Consiste en demostrar la concurrencia de los elementos del hecho punible aportando su respectiva prueba.
- Flexible. Se concibe que nuestra teoría del caso debe adaptarse a cambios durante el desenvolvimiento del juzgamiento, pero sin que estos resulten extremos, puesto que se afectaría la credibilidad de esta.
- Omnicomprensiva. La estrategia elegida no debe permitir cabos sueltos en la estructura de nuestra teoría del caso, en tal sentido se debe tomar en cuenta todos los sucesos para su explicación.
- Verosímil. Debe respetar las reglas de la lógica, en caso contrario, la teoría del caso deja de ser persuasiva.
- Consistente. La teoría del caso debe ser coherente, con la finalidad de que la parte contraria no destruya nuestra teoría del caso con sucesos que no podemos probar.
- Emplea etiquetas o lemas. Consiste en que las partes procesales llamen la atención de la sala de audiencia, ya sea poniendo énfasis en la condena o absolución del procesado.
- Utiliza proposiciones fácticas. Significa que las partes procesales relacionan las afirmaciones fácticas con los elementos legales, sustentando nuestra versión del caso.

3. Elementos de la teoría del caso

La presentación del caso por las partes tiene por finalidad ofrecer puntos de vista que pretenden que el tribunal lo aprecie en el juicio, valorando los elementos siguientes:

- **Elemento fáctico o teoría fáctica.**

Son los sucesos relevantes que sustentan al ámbito jurídico, pues en estos se examinan circunstancias, lugares, tiempo, sujetos, medio empleado, el resultado del accionar del agente o la puesta en peligro para el bien jurídico, etc.

En este sentido, Sánchez Velarde indica que este elemento “permite conocer identificar los hechos y sus aspectos más relevantes de tal manera que sustente el planteamiento jurídico; comprende las circunstancias propias del caso, la participación de las personas, lugar, el tiempo, los medios utilizados, los efectos de la acción, las condiciones personales del acusado o de los testigos”⁴.

Neyra Flores coherentemente expresa que es en “estas afirmaciones de hecho donde debe recaer la prueba” y “no sobre los elementos legales de la estructura jurídica que no necesitan probanza”.⁵

También se entiende por elemento fáctico la información variada que resulta algunas veces contradictoria al iniciar la investigación preparatoria, y que las partes procesales deberán seleccionarla y relacionarla a los elementos legales.

- **Elemento jurídico o teoría jurídica.**

Es la aplicación de la ley penal a los sucesos ocurridos (principio de legalidad), es decir, que se analiza los elementos del hecho punible⁶ para sostener que existe delito; o no hay ilícito por faltar algún elemento de la conducta prohibida; o se plantea con la finalidad de disminuir la punibilidad.

En tal sentido apreciar únicamente los elementos del tipo como lo hace Neyra Flores⁷, determina un reducido análisis de la teoría del caso.

Con respecto al hecho punible o si se prefiere al delito⁸, es la conducta típica, antijurídica y culpable (tripartita), que tiene como secuela una sanción adecuada a la responsabilidad del agente, sometida a veces a condiciones objetivas de punibilidad. Para reforzar nuestro concepto es necesario conocer cuáles son los elementos del hecho punible. Así tenemos:

a) Comportamiento

Consiste en que un sujeto será merecedor de una sanción por su acto realizado (forma de acción como manifestación de la conducta), así como por dejar de hacer algo (forma de omisión propia

4 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, p. 196.

5 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo proceso penal & de litigación oral*, p. 737.

6 Vid. ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, 511.

7 Vid. NEYRA FLORES, José Antonio. *Ibidem*, p. 738.

8 Vid. HASSEMER Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 253-256.



como manifestación de la conducta) o el no hacer algo que equivale a un hacer por existir un deber de garante (forma de omisión impropia como manifestación de la conducta). Solo para fines didácticos nos permitimos separar la conducta de la tipicidad.

Ausencia de acción

No habrá conducta del sujeto por existir fuerza física irresistible, movimiento reflejo o estado de inconsciencia.

b) Tipicidad

La expresión tipicidad, en el Derecho Penal, ha dado lugar a diversas interpretaciones, desde que Beling en 1906 en su obra *Die Lehre von verbrechen* que expuso su teoría. La interpretación del vocablo tipicidad en la doctrina penal castellana se debe a la divulgación que hicieron los penalistas alemanes del término "*Tatbestand*", al cual le fueron asignados por éstos, así como por los penalistas de habla castellana, distintas significaciones. Beling, en su obra *Die Lehre von Tatbestand*, publicada en 1930, da a la citada expresión el sentido de delito-tipo, por oposición a tipo de delito; lo objetivo por oposición a lo subjetivo; caso concreto que se debe juzgar; y fundamento de toda una teoría de Derecho Penal, lo presenta así pues como un elemento simplemente de carácter descriptivo.

Para Mezger, la tipicidad apreciada como la totalidad de los elementos del delito constituye la razón de ser una *ratio essendi* de la antijuricidad.

Para Mayer es existencia de hecho y existencia legal; diseño que la tipicidad no es únicamente la descripción sino que manifiesta una dificultad entre el comportamiento de una persona y las reglas dispuestas por el Estado, estableciendo un barrunto o indicio de esta complicación.

La tipicidad concebida como un amparo por Beling delinea que el delito-tipo es una mera noción funcional, significa una información. Para este mismo tratadista en su fase demolitiva, quebranta el principio de legalidad "*nullum crimen sine lege*", exigiendo que la nueva dogmática penal debe penar la voluntad y no la acción.

Con la doctrina finalista preconizada por Welzel, la tipicidad aprecia una diferencia, el tipo de la norma y la antijuricidad, puntualizando que el tipo es el que abarca las normas penales.



La tipicidad trata de acomodar un hecho establecido con la explicación precautoria en un tipo penal, es decir, el impedimento u orden de un comportamiento ya sea doloso o culposo.

La tipicidad está determinada por un Estado de Derecho, sujeta y unida al principio de legalidad, su real cumplimiento se encuentra supeditado a una presencia formal en tanto demande que los delitos y las penas se encuentran señalados por una ley anterior, y concerniendo a lo material relacionado a que la señalada ley precise con adecuada idoneidad las proximidades y demarcaciones de los hechos que son punibles así como de sus penas. En resumen, la demanda de decisión de la norma penal.

En tal sentido Roxin expresa que “solo un Derecho Penal en el que la conducta prohibida sea descrita exactamente mediante tipos se adecua por completo al principio *nullum crimen sine lege*. Cuando se dice que nuestro Derecho Penal es un Derecho Penal del tipo no de la actitud interna, o que predominantemente es Derecho Penal del hecho y no de autor, tras tales expresiones emblemáticas se encuentra siempre la apelación al significado político criminal del tipo”⁹.

Este elemento del delito es denominado por los penalistas de habla castellana como: Juan P. Ramos: “Caso Penal o Caso Legal”, Pedro Ortiz: “Encuadrabilidad”; Marcelo Finzi, Rafael Mendoza, Sebastián Soler: “Delito-Tipo”; y Luis Jiménez de Asúa: “tipicidad o más correctamente tipo”.

Jiménez de Asúa, reconoce que la palabra tipicidad, tiene un significado propio que Beling le ha dado: “Necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en definiciones vagamente genéricas”, aunque añade que, “puede recibir un contenido más amplio, al igual que ha acontecido con la palabra imputabilidad propiamente aplicable a la calidad que constituye imputable alguna cosa”, extendida hoy en la técnica a la capacidad penal.

En general, los códigos o las leyes describen una variedad de formas de conducta que son contrarias a la norma y a las que se les asigna su correspondiente pena. Esta descripción de hechos que pueden ocurrir en las relaciones humanas y que por consiguiente irían en menoscabo de ellas, es lo que constituye el denominado tipo.



9 ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. T. I, p. 277.

Por eso, el profesor Bustos Ramírez señala que “el tipo legal no solo describe acciones u omisiones, sino que es la descripción de un ámbito situacional determinado y la tipicidad consecuentemente, es la configuración en la realidad de esa descripción, lo que implica un proceso de subsunción del complejo real en la prescripción abstracta y general del tipo legal”¹⁰.

Una consecuencia de esta concepción es que no todos los hechos contrarios a la norma son punibles sino solamente los que están descritos por los códigos respectivos o la ley, es decir, que no basta que un hecho sea antijurídico, sino que, además, debe estar comprendido dentro de un tipo penal.

Algunos autores, como Antón Oneca, denominan tipicidad a la propiedad de adaptación de un hecho a la descripción legal, pero esto, a todas luces, es impropio, pues ésta propiedad presupone la existencia de una conducta que es subsumible en la descripción legal, que tiene un carácter estático, y por consiguiente a esta propiedad de adaptación que es un concepto dinámico y funcional, se le llama adecuación típica. El término de “encuadrabilidad”, usado por Pedro Ortiz, es aún menos correcto.

El concepto de tipicidad ha sufrido una evolución desde la enunciación de la doctrina en 1906, hasta nuestros días. Beling le atribuyó a la tipicidad como ya se dijo una función solamente descriptiva en la exposición de la doctrina y ratificó este criterio en 1930. Además, expresa que esta función descriptiva es absolutamente separada de la antijuridicidad y la culpabilidad. Así en el delito de homicidio “matar a un hombre” es el tipo y como tal una mera descripción; si la muerte se produjo violando la norma o si existe alguna causa de exclusión del denominado injusto es función valorativa que se concreta en la antijuridicidad. Y si el hecho es atribuible a una persona a título de dolo o culpa, es en virtud de un juicio valorativo referido a la culpabilidad.

También conforme se dijo ya, y explicitando más, Mayer en su *Tratado de Derecho Penal*, le adjudica a la tipicidad un valor indiciario. Para él, la tipicidad no es una mera descripción, pues, basta el hecho que una conducta sea típica para que en ella haya un indicio de su antijuridicidad. Esta función indiciaria de la tipicidad la funda princi-

10 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Parte General, p. 158.



palmente en relación con los elementos normativos aunque sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuridicidad.

Mezger en su *Tratado de Derecho Penal* que fue publicado en 1931, da una concepción de la tipicidad totalmente opuesta a Beling al definir el delito como “acción típicamente antijurídica y culpable”, es decir, que el delito no está constituido por un conjunto de características independientes entre sí, sino que, en primer lugar, constituye una conducta típicamente antijurídica. En esta concepción de Mezger, la tipicidad es mucho más que indicio, llegando a constituir la base real de la antijuridicidad, es decir, su *ratio essendi*.

Esta que vendría a ser la tercera fase en la evolución del concepto de la tipicidad, es inaceptable, pues le da a la tipicidad una función desmesurada y además la tesis de Mezger nos lleva a la creación de una antijuridicidad penal frente a la antijuridicidad general, cuando expresa que “la antijuridicidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo, puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio, es esencial a la antijuridicidad la tipificación”.

La tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuridicidad como expresa Mezger, sino más bien un indicio de ella como ha sido expuesta por Mayer, o “a lo sumo ejerce función de concreción y de conocimiento de la antijuridicidad a los efectos penales” como afirma Jiménez de Asúa.

Además de la función limitadora que ejerce el tipo tiene las siguientes características:

- Fija los conceptos de delito consumado y de tentativa.
- En el problema causal, limita las consecuencias de las acciones, pues las figuras delictivas recogen solo algunas consecuencias de una serie que puede ser infinita.
- Al ser definida la acción del sujeto de modo preciso, diferencia esa acción de otras, que puede realizar el sujeto antes o después de la acción típica.

A parte de esto; está su función política-social; siendo el fin de los tipos penales el de promover a las personas para que no incurran en comportamientos que fueran penados o castigados. El tipo refiere a aspectos de carácter inherentes a prevención general para atemorizar, o sea se conmina a toda comunidad con arredrar una maldad, una pena en el caso que ocasionen determinados comportamientos.



Otros tratadistas diseñan la teoría de la prevención general positiva por medio del cual se motiva en fortalecer los valores de la sociedad con el fin de desplegar el crecimiento de concordia; el tipo de esta manera constituye una herramienta para lograr el sosiego o tranquilidad social. En este reglón del conocimiento hallamos a connotados juriconsultos de la talla de Jakobs, Mir Puig, Roxin, Bacigalupo y muchos otros.

La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma, y aunque se le reconoce un carácter objetivo, se ha observado que determinados hechos delictivos presentan un marcado carácter subjetivo dado por una particular actitud psicológica del agente; una misma conducta puede ser antijurídica o conforme al derecho, según el sentido que el agente atribuya a su acto.

En consecuencia, si un hecho es penalmente antijurídico, habrá que recurrir a la ley penal para determinar si es subsumible en alguno de los tipos descritos y verificada la adecuación típica solo se habrá establecido una presunción de antijuridicidad, puesto que aun puede existir una causal de exclusión del llamado injusto.

La concretización de lo injusto por el tipo legal se realiza, según expresión de Jiménez Huerta, dinámicamente por el legislador durante el proceso formativo de la ley, y estáticamente queda en ella plasmada como prevención general y garantía para los ciudadanos, y como norte y guía del Juez.

Como señal del denominado injusto, el tipo legal pone de relieve la forma que el comportamiento jurídico del hombre ha de revestir para que pueda llegar a ser delictivo.

La función concretizadora de la antijuridicidad realizada por el tipo penal, es reconocida hoy por todos. Así, empezando por Beling, y continuando por Sauer, Mezger, Bettiol, Moro, Jiménez Huerta y Jiménez de Asúa.

El concepto de delito-tipo, es un concepto troncal del Derecho Penal al cual van subordinados los conceptos de la antijuridicidad y culpabilidad según expresión de Beling.

En efecto, un hecho se presupone antijurídico en cuanto el hecho en referencia es subsumible en determinado tipo; cualquier otro hecho por antijurídico que sea, sino es incluíble en los tipos legalmente establecidos para el jurista, significa una acción no punible. Igual razonamiento es válido con respecto a la culpabilidad.



En cuanto a la garantía liberal que proporciona la tipicidad es una consecuencia de la forma como están descritas “*in abstracto*” las conductas delictivas en nuestro Código Penal - Parte Especial, así como en la mayoría de los Códigos sustantivos vigentes.

Beling, cuando expresó la necesidad de que los delitos se acuñen en tipos y no en vagas definiciones genéricas le asignó a la tipicidad una función político social con una doble misión de garantía:

- Nadie será sometido a ley penal por lo que es, sino por lo que ha hecho; y
- El proceso que conduzca a una pena se deberá fundar en ley anterior al hecho del proceso. “*Solo la ley escrita es fuente del tipo*”. Todo ciudadano, debe tener la posibilidad antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no, según nos dice Claus Roxin. En este sentido, Bacigalupo señala que “el tipo sistemático, es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error; los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido y querido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo”¹¹.

Conviene eludir en la medida de lo posible todo elemento normativo, sobre todo, los referidos a los que requieren de un tipo de valoración y así considerar con prelación a los elementos descriptivos.

Las descripciones deben contener lo genérico, recolectando los caracteres comunes a los comportamientos criminógenos.

La desaparición de la tipicidad puede obedecer a una acción lícita, o porque el legislador no la ha considerado regulándolo, no obstante, a ser ilícita, ya sea por razones político criminal o porque son deficientemente graves. También existen formas de evitar la tipicidad, cuando se acuden a interpretaciones restrictivas que descartan el comportamiento del tipo, no obstante, estar incluida literalmente en él, lo que se entrega por falta de imputación objetiva o en los casos en que haya aquiescencia o autorización, tratándose sobre bienes jurídicos de libre disposición o cuando se acomode la pauta apropiadamente tanto cuanto a lo social como al principio

11 BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*, p. 80.



de insignificancia o minucia y que el jurisconsulto Mir Puig lo ha designado con el nombre de *"causas de exclusión de la tipicidad"*.

En cuanto al análisis del tipo; pese a la afirmación de Beling de que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos y a la de Wolf, con la que también concuerda Mezger, de que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, nos muestra, y se admite ahora, por la mayoría de los tratadistas, que el tipo legal a mas de contener elementos puramente descriptivos, puede llevar incrustado, por decirlo así, elementos referidos al estado anímico del autor o hacer referencia en una determinada finalidad, dirección o sentido que el autor ha de comprimir a su conducta, siendo estos, los elementos subjetivos que hacen alusión al dolo, los elementos de lo injusto propiamente dichos y los que hacen alusión al fin o móvil; y finalmente, los elementos normativos que son aquellos que resaltan específicamente la antijuricidad de la conducta.

En la parte especial de nuestro Código Penal, tenemos por ejemplo el artículo 183 que contiene una mera descripción de la conducta; el artículo 106 al describir el homicidio simple hace uso del término *"el que mate a otro"* que es un elemento subjetivo referido al tipo. Igualmente hace referencia al elemento subjetivo *"el que por culpa"* del artículo 111. Son ejemplos de elementos subjetivos propiamente dichos el *"que a sabiendas"* del artículo 107 que describe el parricidio; términos *"por ferocidad"*, *"por lucro"*, *"gran crueldad"*, *"con alevosía"* artículo 108; y son elementos subjetivos referidos al móvil o finalidad *"para abusar de ella o corromperla"* del artículo 152, inciso 1; *"para cometer una rebelión o sedición"* del artículo 350; y el que con *"ilícito propósito usurpare una función pública"* del artículo 361.

Como ejemplos de elementos normativos insertados en los tipos, tenemos: el que *"sin derecho"* penetrara en morada o casa de negocio ajena, artículo 159; el que practica *"sin aprobación"* del gobierno, artículo 339; el funcionario o servidor público que *"abusando de su cargo obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial"*, artículo 382.

En lo que respecta a los elementos normativos, es necesaria la restricción de su número debido al papel que desempeñan, cual es el de hacer una especial alusión a la antijuricidad que describe el tipo.



La estructura u organización de la tipicidad, se atiende a dos aspectos:

- El aspecto objetivo, están referidos a los caracteres que el autor debe cumplir en su obrar en el mundo exterior; llamándose también tipo objetivo y son: los sujetos, la relación de causalidad (imputación objetiva), el bien jurídico tutelado, los elementos descriptivos y normativos.
- El aspecto subjetivo, está referido a la postura psicológica del autor de la comisión de un evento criminoso, también llamado tipo subjetivo. En este aspecto se examina al dolo y la culpa en sus distintas revelaciones; existiendo también los elementos subjetivos del tipo adicionales y que pueden eliminar el dolo por medio del error de tipo: vencible o invencible.

Atipicidad

La conducta del sujeto no será típica por existir acuerdo o error de tipo.

c) Antijuridicidad

La antijuridicidad es la realización de una acción típica contra el ordenamiento jurídico. Dentro de este concepto es necesario tener en cuenta que la acción efectuada por el sujeto no deberá justificarse.

Antijuridicidad e injusto penal

Se entiende por antijuridicidad el comportamiento opuesto al ordenamiento jurídico, mientras que por injusto penal la acción típica y antijurídica.

En tal sentido, MUÑOZ CONDE nos dice que “la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico. El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma”¹²

Cabe aclarar que el injusto no solo comprende al campo penal sino también al civil.



12 MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General, p. 276.

Antijuridicidad formal y material

Se entiende por antijuridicidad formal el nexo contradictorio que existe entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico.

La antijuridicidad será material cuando se arremete contra un bien jurídico protegido por la norma.

El artículo IV T.P. del C.P. al señalar que *la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley* adopta el criterio de la antijuridicidad unitaria, es decir, tanto la formal como la material.

Antijuridicidad de lesión y peligro.

En virtud a lo preceptuado en el artículo IV T.P. del C.P. existe responsabilidad penal del sujeto cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado por la ley (*Principio de lesividad*)

La antijuridicidad de lesión se da cuando el objeto material resulta dañado en forma concreta, mientras que la antijuridicidad de peligro se da cuando existe una probabilidad de causar daño al bien jurídico más no una posibilidad de perjuicio para este.

Desvalor de la acción y del resultado

Según el principio de mínima intervención se exige para el injusto:

- Que el comportamiento del sujeto en sí mismo sea desvalorado, es decir, lo que se conoce en doctrina como desvalor de la acción.
- Que haya causado la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, lo que se llama en el derecho penal desvalor del resultado.

Causas de justificación

El derecho penal esencialmente se compone de normas prohibitivas (tipicidad), pero admite también las permisivas debido a causas de carácter social, político y jurídico.

En este sentido, entendemos por causas de justificación las razones jurídicas bien sustentadas por las cuales un sujeto comete una conducta no permitida por la ley, es decir, que la norma al dar por consentido este comportamiento no solo cancela la antijuridicidad sino que excluye al sujeto de la aplicación de las consecuencias jurídicas de carácter civil, penal, administrativo, etc.

Estas causas de justificación se fundamentan en las siguientes teorías:

- Monista de la justificación

Esta teoría responde a lo más socialmente útil que el de la lesión o al empleo adecuado del medio con la finalidad de alcanzar lo reconocido por el ordenamiento legal.

Para diferenciar las causas de justificación esta posición resulta ser muy amplia, ya que no permite una única respuesta, puesto que se parte del orden cultural y no del jurídico creándose de esta forma un orden extenso de ideas.

- Pluralista de la justificación

Según esta teoría la pluralidad de los principios derivan de la esencia de lo ilícito a fin de estudiar porque en ciertos asuntos existen causas de justificación, en este sentido, al determinarse que la naturaleza de lo ilícito daña los intereses, se sostiene en esta teoría que entre el principio de interés preponderante y el de la ausencia de interés debe existir un equilibrio.

El ordenamiento jurídico privilegia un bien jurídico sobre otros, por ende, el perjuicio producido queda justificado.

En conexión con las teorías pluralistas, JAKOBS nos dice a que "se puede llevar a cabo una clasificación de las causas de justificación en tres grupos:

- En el primer grupo, la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención. El fundamento de la justificación cabe denominarlo principio de la responsabilidad, o a veces de modo atenuado principio de ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención. El motivo bien fundado para el comportamiento justificado reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización. Constituyen ejemplos de legítima defensa, el estado de necesidad defensivo, el derecho de resistencia contra agresores, la detención provisional por particulares, el auto auxilio y numerosos supuestos de ejercicio de cargo.
- El segundo grupo sigue el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención. El motivo bien fundado reside en este grupo de casos en que



la víctima de la intervención la define como beneficiosa o al menos como aceptable, es decir, administra sus intereses modificando la ordenación de éstos. Constituyen ejemplos el consentimiento justificante y la autorización oficial justificante. También se incluyen en este grupo la intervención en estado de necesidad sobre los bienes de la persona amenazada por un peligro, así como el consentimiento presunto; naturalmente, en ellos la definición –a reserva de una corrección por parte de la víctima– se lleva a cabo situándose en la posición de la víctima.

- El fundamento de la justificación en el tercer grupo es el principio de solidaridad. Se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo de la generalidad. Constituyen ejemplos numerosos supuestos de ejercicio de cargo, en que ya en caso de sospecha se otorga derecho a intervenir, y sobre todo el estado de necesidad agresivo¹³.

Causas de justificación específicas

En la teoría son indeterminables las causas de justificación, pero de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 20 del C.P. estas son:

- La legítima defensa (núm. 3)
- El estado de necesidad justificante (núm. 4)
- El obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (núm. 8)
- La obediencia jerárquica (núm. 9)
- El consentimiento (núm. 10)⁷

d) culpabilidad

La culpabilidad es uno de los elementos esenciales del delito. No basta pues que la acción sea típicamente antijurídica para agotar la teoría del delito, sino que ésta ha de ser culpable.

Para el profesor Mejicano Ignacio Villalobos, la culpabilidad consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio

13 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General, p. 421.

que se manifiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacida del desinterés o subestimación del mal manejo frente a los propios deseos, en la culpa.

El maestro Bramont Arias nos dice “que mientras la antijuridicidad es la oposición del sujeto al derecho, la culpabilidad es oposición del sujeto al derecho. La antijuridicidad es violación objetiva de la norma de valoración, en tanto que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación. Es necesario distinguir entre lo que es responsabilidad y culpabilidad, ya que frecuentemente ellas se emplean como sinónimos”.

Para Fontan Balestra, la responsabilidad es el título por el cual se carga a la cuenta de un sujeto el delito y sus consecuencias.

Pero la responsabilidad no ha sido sustentada siempre en la culpabilidad, no ha coincidido con ella en esencia y extensión, es así que Bettiol, Mezger, Soler, Ricardo Nuñez, Marquardt y Luis C. Cabral, fundamentan la responsabilidad criminal en la culpabilidad y logran con ello un principio fundamental del derecho penal: “*Nulla poena sine culpa*”.

Evolución de la culpabilidad

La naturaleza jurídica de la culpabilidad es explicada dentro de la polémica por tres principales corrientes doctrinarias:

- *Concepción psicológica.* La concepción psicológica tiene como principales sostenedores a Sebastián Soler, a Nelson Hungría a Fontan Balestra entre otros; su fundamentación se basa en la relación subjetiva que existe entre la voluntad del autor y el acto ejecutado por él.

Para Nelson Hungría no es posible la *imputatio juris* de un resultado criminoso sino que hay relación psíquica que lo vincule al agente. Para que se considere punible un hecho no basta la existencia del vínculo causal objetivo entre la acción u omisión y el resultado, ni su encuadramiento formal en un artículo de la ley penal, sino que es necesaria la culpabilidad. *Sensu lato* del agente, esto es, que haya habido una voluntad de actuar, libre y conscientemente, con el fin de obtener un resultado antijurídico, que a pesar de haberse representado la posibilidad de que esto ocurriese, o por lo menos, que revele no obstante la previsión del resultado, una inexcusable inadvertencia o



imprudencia. Para esta teoría, imputabilidad e ilicitud son los presupuestos de la culpabilidad; la primera, es el presupuesto subjetivo y la segunda el presupuesto objetivo.

- *Concepción normativa.* La concepción normativa sostenida por Reinhart y Frank tiene sus principales seguidores en Freudenthal y Goldschmidt, siendo su más grande representante Edmundo Mezger. Esta tendencia hace depender la culpabilidad de la desvaloración de la actitud espiritual del autor, con respecto a la conducta que el realiza, considerada en su totalidad.

El simple hecho psicológico no agota la culpabilidad porque sobre ella debe caer una valoración normativa de quien juzga. La culpabilidad “Viene a considerarse fuera del acto mismo, en el juicio del reproche pronunciado por el juzgador como intérprete de la responsabilidad social, con la variante propuesta por Freudenthal sobre la exigibilidad de una determinada en conducta, que lleva como consecuencia la segunda hipótesis, a la exclusión de la culpabilidad, pues solo es culpable aquél a quien en determinadas circunstancias le puede ser exigida cierta conducta según el maestro Bramont Arias”.

- *Concepción finalista.* La concepción finalista tiene su más alto representante en Hans Welzel, y tiene entre sus seguidores a Maurach y Niese. Para esta escuela, la esencia del concepto de culpabilidad consiste en la reprochabilidad, que es la posibilidad de hacer al autor el reproche de haber obrado contra el derecho habiendo podido hacerlo conforme a él. Romero Soto nos dice que de acuerdo a la teoría de la acción finalista la culpabilidad se compone de tres elementos: La imputabilidad, la posibilidad del conocimiento de lo injusto, y la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma; que estos tres elementos constituyen ante todo juicio de valor, es decir, apreciaciones que están fuera de la cabeza del agente, por lo general en la del Juez, lo cual libra al concepto de culpabilidad de todo psicologismo, esto es, de toda posibilidad de autovaloración por parte del agente.
- *Concepción funcionalista.* Tomando como base el estructural funcionalismo sociológico norteamericano teniendo como principales exponentes a Talcot Parson, Robert Merton y Aleman Niklas Luhman, es que se desarrolla el Nuevo funcionalismo alemán teniendo como principal exponente a Günther Jakobs



quien defiende su teoría de la prevención general positiva y la necesidad de vigencia segura de la norma.

Es en la concepción funcionalista donde la culpabilidad tiene el deber de establecer si el agente es un sujeto capaz para esta demostración o si el sujeto puede ser alejado de la antijuridicidad de su accionar sin necesidad que la generalidad discuta sobre la validez de la norma que se infringió. Partiendo de esta teoría sociológica sistémica, Jakobs define la culpabilidad como "asunción de una defección en relación a la motivación dominante respecto de un comportamiento antijurídico y esta asunción se da cuando falta la disposición de motivarse por la norma correspondiente, y este fallo no puede hacerse comprensible de modo que no afecta la confianza general en la norma; la culpabilidad por ello concreta infidelidad al Derecho, conciencia y fin es la finalidad del sistema"¹⁴.

Es así que la culpabilidad tiene como base las necesidades sociales de una imputación externa de responsabilidad (la cual depende de las presiones sociales que desee imponer la sociedad o por el contrario que esté dispuesta a aceptar), no siendo, por tanto, un mero reproche ético individual sujeto a una capacidad personal del agente.

En tal sentido mediante el funcionalismo lo que se busca a fin de cuentas es que la sociedad y el Derecho Penal aspiren a proteger nuestro sistema social mediante la estabilidad de la norma.

Presupuestos de la culpabilidad

Para poder sostener la culpabilidad de una persona que ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad.

La correlación entre la persona y los mandatos de la norma solo puede darse si la persona tiene la capacidad para sentirse motivado por la norma, conoce su contenido, o se encuentra en una situación en la que puede regirse sin grandes esfuerzos por ella.

Si por el contrario de lo ya mencionado la persona por alguna causal independiente de él, es decir, falta de madurez, defecto psíqui-

14 JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner teil. *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* 2ª ed.; Walter de Gruyter, Berlin - New York, p. 476.



co, desconocimiento de la prohibición normativa, o encontrarse en situación que no le era exigible un comportamiento distinto; no puede ser motivado por la norma o su motivación se altera gravemente, faltará la culpabilidad, ya que el hecho típico y antijurídico no podrá atribuirse a su autor, y por tanto, no podrá ser sancionado penalmente.

De lo anterior puede deducirse que la culpabilidad tiene unos elementos específicos, sin cuya presencia no podrá formularse el juicio de atribución que implica. Estos elementos son:

- *Capacidad de culpabilidad.* La culpabilidad, se basa en que el autor de la infracción penal tenga las facultades psíquicas y físicas mínimas requeridas para ser motivado en sus actos por los mandatos normativos. El conjunto de estas facultades mínimas requeridas se le llama imputabilidad, y actualmente se le denomina capacidad de culpabilidad.

Quien carezca de esa capacidad sea por no tener la madurez suficiente, por sufrir de graves alteraciones psíquicas, no podrá ser declarado culpable, empero tampoco responsabilizado penalmente de sus actos, por más que sean típicos y antijurídicos dichos actos.

Históricamente, la imputabilidad aparece como una limitación de la responsabilidad penal. Sin embargo, al desarrollarse el Derecho Penal pronto se observó que los niños y los enfermos mentales no podían ser tratados como adultos o los sanos mentalmente; la pena era para ellos una institución inútil y debía de ser sustituida por otras medidas, que en la práctica ejercían también un control social al igual que la pena, pero no tenían el mismo carácter punitivo al menos teóricamente.

Aunque esta apreciación resulte evidente, situar la razón y el fundamento de por qué en estos casos no podía considerarse culpable a estos autores, no resultó ser fácil. En la doctrina clásica se hablaba de la libertad de la voluntad, la cual se basaba en la capacidad de entender y querer lo que se está haciendo, y quien carece de esta capacidad no actúa libremente, y por tanto, no puede ser considerado culpable de lo que hace. En la actualidad se considera insostenible esta tesis, no solo porque se basa en algo indemostrable (libertad de voluntad o libre arbitrio) sino porque se reducen todas las facultades humanas a los planos intelectual y volitivo, que no son los únicos ni si-

quiera los más importantes, y en todo caso, estas facultades volitivas e intelectuales están condicionadas por otra serie de factores que también son importantes en la consideración de la capacidad de culpabilidad.

En el proceso de interacción social que supone la convivencia, el individuo durante el intercambio y la comunicación con los demás, desarrolla una serie de facultades que le permiten conocer las normas que rigen la convivencia en el grupo al que pertenece y regir sus actos de acuerdo con esas normas. De esta forma queda establecido un complejo proceso de interacción y comunicación que los psicólogos llaman motivación, en consecuencia, la capacidad de motivación a nivel individual, es también la capacidad para motivarse de los mandatos normativos; y la que constituye la esencia de ese elemento de la culpabilidad que llamamos imputabilidad. En la medida que la aludida capacidad de motivación no ha llegado a desarrollarse sea por falta de madurez o por defectos psíquicos de cualquier origen, no podrá hablarse de culpabilidad.

La imputabilidad, así como las demás categorías de la teoría del delito, están referidas al momento de la comisión del hecho. En contrario a este elemento de la culpabilidad existe la denominada "*actio libera in causa*" que constituye una excepción a él, y por el cual se considera imputable al sujeto que al tiempo de cometer los actos típicos y antijurídicos no lo era, pero sí resultó imputable al momento en que ideó cometerlos o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica. Como ejemplos clásicos tenemos: el que se embriaga a sabiendas que bajo ese estado se torna agresivo y ataca a las personas, o el que se embriaga y droga para cometer un delito, o el que conduce un automóvil en estado de ebriedad y atropella a un peatón.

- *Conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.* La norma penal solo puede motivar a la persona en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones.

Junto a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad también existe como elemento de la culpabilidad el conocimiento de la antijuricidad.

Aquél que realiza dolosamente un tipo penal, por regla general, actúa con conocimiento de la ilicitud de su hacer. Así como



se asevera que la tipicidad es un indicio de la antijuricidad, se puede decir también que la realización dolosa de un tipo penal casi siempre va acompañado de la conciencia de que se hace algo prohibido, aun más si el bien jurídico tutelado es fundamental para la convivencia.

Es, por ello, que el conocimiento de la antijuricidad de la conducta no plantea mayores problemas y se aparta de su existencia en el autor del hecho típico, no justificado o sea antijurídico, cuando este sujeto es imputable. No obstante esto, determinar el conocimiento de la antijuricidad resulta imprescindible para la culpabilidad, ya que solo se puede atribuir esta a quien conoce que su hacer está prohibido.

La función motivadora de la norma penal solo podrá ser eficaz a nivel individual si el autor de un hecho prohibido por la ley penal tenía conciencia de la prohibición, pues de lo contrario no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.

El conocimiento de la antijuricidad no debe estar referido al contenido exacto del precepto legal infringido o a la penalidad concreta del hecho; bastará solo con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho está jurídicamente prohibido y resulta contrario a las normas elementales de convivencia.

Para un sector de la doctrina resulta suficiente que el conocimiento de la antijuricidad sea potencial, o sea que el autor hubiera podido conocer lo ilícito de su hacer. En forma particular discrepamos con esta tesis que amplía las posibilidades de considerar culpable a todo el que con cierta capacidad de culpabilidad comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre habrá la posibilidad de haber conocido la prohibición. A fin de resolver el asunto del conocimiento de la antijuricidad hay que recurrir al concepto de la función motivadora de la norma penal, que es aquella función de comunicación y participación que culmina el proceso de socialización del individuo. Solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura, etc.) podrá plantearse el tema de la antijuricidad.

En una sociedad en la que coexisten distintos sistemas de valores, habrá que admitir que algunos individuos que aun pudiendo conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen este problema cuando ese hacer es normal dentro del grupo social al cual pertenecen.



Finalmente diremos que el conocimiento de la antijuricidad, así como los demás elementos de la culpabilidad, es un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes que afectan la conducta del individuo.

- *Exigibilidad de un comportamiento distinto.* Normalmente, el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles ni heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna.

El cumplimiento de los mandatos normativos es un deber para todos los ciudadanos. En principio, el ordenamiento jurídico marca niveles de exigencia capaces de ser cumplidos por cualquier persona, se habla en esos casos de exigibilidad objetiva, normal o general, más allá de ella no se puede imponer mandatos; así, por ejemplo, en el estado de necesidad se exige que el necesitado no tenga, por razón de su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Así también en algunos tipos delictivos se alude a situaciones de no exigibilidad, en las cuales la realización de la conducta no constituye el tipo penal, por ejemplo, la omisión de auxilio o aviso a la autoridad preceptuado en el artículo 127 del Código Penal. Es de apreciarse que estas situaciones de no exigibilidad objetiva excluyen el tipo de injusto en la redacción de la conducta típica, o a través del estado de necesidad como causa de justificación genérica.

Pero además de esta no exigibilidad objetiva, existe una no exigibilidad subjetiva, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello sería un sacrificio excesivo. El derecho no puede exigir comportamientos heroicos o imponer una pena cuando en una situación extrema se prefiere realizar el hecho prohibido por la ley, en estos casos, la no exigibilidad de un comportamiento distinto no excluye la antijuricidad sino la culpabilidad.

Culpabilidad de autor y acto

Antes de abordar este tópico debemos aclarar que todo derecho penal de autor es derecho penal de peligrosidad, mientras el derecho penal de culpabilidad puede ser de autor o de acto.



Para un sector de la doctrina solo se tendrá en cuenta el acto ilícito mas no la conducta del agente sea esta anterior o posterior; a esto es lo que se llama culpabilidad de acto o de hecho, es decir, en palabras de Bacigalupo “se tomará en cuenta para la culpabilidad solo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida”¹⁵. Otro sector de la doctrina considera que la conducta del agente permitirá juzgar el acto ilícito y antijurídico, es decir, explicar el delito como producto de la personalidad del individuo.

Considerando lo mencionado hasta ahora, tenemos que la libertad de la voluntad es la base de la culpabilidad de acto y que el determinismo lo es para la culpabilidad de autor.

Como vemos, el problema es la “libertad”, es decir, si el hombre puede elegir o no.

Actualmente se concibe la idea de “libertad en el Derecho Penal” teniendo como base al hombre normal, desterrando así concepciones filosóficas y psicológicas, ya que un sector de la doctrina plantea que la culpabilidad es normativa y no ontológica lo que significa que en realidad no sabemos o no nos importa saber si el hombre es libre y responsable, sin embargo, hay libertad para el Derecho Penal. En síntesis no se trata de normativizar la culpabilidad sino de normativizar su contenido.

Este problema es amplio y delicado. A pesar de ello consideramos que no es posible crear una “Libertad en el Derecho Penal” –sin demostrabilidad de la libre autodeterminación del agente– la cual a nuestro entender pertenece al mundo ideal del Derecho Penal, es fácil decir que aquello existe sin fundamentar; si alguien preguntaría por qué hay libertad en el Derecho Penal, los defensores de esta tesis dirían porque se ha normativizado el contenido de la culpabilidad y ello significa que los penalistas deben respetar ciegamente este dogma.

Al respecto creemos que sería un avance beneficioso demostrar que si existe “Libertad en el Derecho Penal”, pero aquello hasta ahora es un deseo –no fundamentado– del Derecho Penal ideal porque en la praxis –Derecho penal real– aunque lo quieran negar los defensores de la “Libertad en el Derecho Penal” existe el factor determinante en el agente.

15 BACIGALUPO Enrique. Ob. cit., p. 148.



En definitiva, ambas posiciones de autor y acto nos deben servir para apreciar el hecho punible en su verdadera dimensión.

Imputación personal, culpabilidad y responsabilidad

Hace algún tiempo que se viene proponiendo un nuevo término que sustituya al de culpabilidad. Este nuevo término es el de imputación personal que según Mir Puig “tiene ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata solo de atribuir el desvalor del hecho penalmente anti-jurídico a su autor,”¹⁶ entendiéndose de esta manera que solo se busca reprimir el hecho punible mas no la culpabilidad del agente, porque lo único que desea el Derecho Penal es la prevención si se puede.

Asimismo Felipe Villavicencio nos dice “algunos prefieren usar el término responsabilidad al de culpabilidad para evitar cualquier vinculación con el criterio retributivo, aun cuando otros consideran innecesario esto, pues la culpabilidad se puede fundar en criterios preventivos.”¹⁷

Al respecto sabemos que la culpabilidad tiene una función eminentemente retributiva de la pena, pues es la forma más eficaz para controlar el delito, sin embargo, al reconducir el principio de culpabilidad al de prevención general no significaría un avance más bien un retroceso, ya que se justifica el sistema penal y se legitima la pena impuesta por el Estado.

Por su parte, Jakobs considera la prevención general como fin de la pena, porque existe el “Principio de lealtad con el Derecho” que no es otra cosa que la fidelidad al Derecho *contrario sensu* la infidelidad del Derecho sería la culpabilidad; en este sentido creemos que la teoría jakobsiana legitima el sistema penal aun más, porque permite que el Estado reprima bajo el pretexto de proteger la armonía social, a fin de no generar un desequilibrio social.

Es así que Roxin, por su parte, anota que “la categoría delictiva que sigue al injusto tiene que hacer objeto del juicio –naturalmente sin perder la vinculación a la ley– junto a la culpabilidad, también a la exigibilidad preventiva de sanción penal y resumir ambos elemen-

16 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General, p. 530.

17 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*, p. 41.



tos bajo el concepto de responsabilidad”¹⁸, es decir, que la culpabilidad viene estampada con criterio político criminal por la teoría de los fines de la pena.

Al respecto, Muñoz Conde citado por los profesores Bramont Arias y Bramont Arias-Torres expresa que “por ejemplo en el estado de necesidad el sujeto tiene que elegir entre un mal y otro; tiene por tanto, la posibilidad de actuar de un modo distinto y, a pesar de ello, el legislador deja sin sanción a los que encontrándose en esta situación optan por el mal menor” y agrega que “esta actitud legislativa está inspirada en criterios de política criminal, pues tanto desde el punto de vista de la prevención general como especial es aconsejable dejar sin sanción a quienes actúan en esta situación u otras análogas”¹⁹.

De esta manera se entiende que solo la ausencia de necesidad preventiva de punición puede excluir la responsabilidad más no la culpabilidad.

Responsabilidad subjetiva

Para establecer la culpabilidad del agente a fin de imponer la pena debemos de tomar a la culpabilidad o responsabilidad penal como lo señala nuestro Código Penal en sus dos aspectos: amplio, es decir, que se identifique la gravedad del delito con lo imputado al agente y estricto el que se contrapone al de antijuridicidad.

Al margen de este aspecto existe otro que implica la exclusión de responsabilidad o culpabilidad por el resultado que no es otra cosa que la exclusión de punibilidad, es decir, cuando el resultado típico causado por el autor no era previsible, lo cual significa que no se debe responder por el resultado de acuerdo al viejo postulado “*versari in re illicita etiam casus imputatur*”.

Es, por ello, que Fernández Carrasquilla señala que “la responsabilidad objetiva se contenta con la realización física de la conducta o la acusación material del resultado, sin tener en cuenta para nada la participación de la voluntad personal en el hecho y su configuración concreta”²⁰.

18 ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y política criminal*, p. 34.

19 BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y BRAMONT ARIAS - TORRES, Luis Alberto. *Código Penal Anotado*, p. 109.

20 FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental*, p. 20.



En tal sentido solo son admisibles las acciones voluntarias en atención a criterios de responsabilidad subjetiva.

Causas de inculpabilidad y exculpación

La conducta del sujeto resulta típica y antijurídica, pero no culpable si existe inimputabilidad, minoría de edad o error de prohibición. También habrá exculpación para el sujeto si obró bajo estado de necesidad exculpante o miedo insuperable.

Elemento probatorio o teoría probatoria.

Son las pruebas que se presentan para determinar el aspecto fáctico y jurídico, con la finalidad de apreciar las fortalezas y debilidades de nuestra teoría del caso, por tanto, la prueba idónea es el elemento que permite formular acusación por el fiscal o establecer que el imputado no se encuentra comprometido en los hechos cuando se trata del abogado defensor.

Estos medios probatorios (prueba testimonial, documental, pericial, etc.) resultan satisfechos si se relacionan con cada afirmación fáctica demostrada, por tanto, cada sujeto procesal busca el mejor medio de prueba (evidencia personal, documental, real, directa o circunstancial) que sustente su proposición fáctica.

El abogado defensor no solo se limita a estructurar sus fundamentos racionales, puesto que también optará por negar los cargos que se le imputan a su cliente (ejemplo: acusación basada en un solo indicio) o proponer un hecho alternativo (ejemplo: el actuar del agente no es el de homicidio sino de legítima defensa). En este último caso "le corresponde al procesado probar su exculpación, defensa afirmativa admitida por la praxis judicial y el modelo procesal penal adversativo regulado"²¹.

II. JUZGAMIENTO PENAL

Es la etapa del proceso penal que está constituida por un conjunto de debates orales, sobre la base de la investigación preparatoria y que se lleva

21 MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. "Legítima defensa como ratificación y no represión del derecho penal material y formal"; en *El penalista de la América Austral*. Ofrenda académica al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, p. 142.



a cabo por los juzgados penales unipersonales o colegiados dentro de un proceso penal común.

El juzgado penal colegiado está integrado por tres juzgadores a quienes se les encarga el juicio oral y su resolución en los ilícitos que tenga en su extremo mínimo una pena privativa de libertad mayor de seis años, por tanto, el juzgador unipersonal conoce los ilícitos donde no son competentes los juzgados penales colegiados.

Si el juzgamiento se lleva a cabo contra el presidente de la república, ministros de Estado, miembros del consejo nacional de la magistratura, jueces supremos, fiscales supremos, miembros del consejo supremo de justicia militar o el contralor general de la república, la sala penal especial de la corte suprema será la competente dentro de un proceso penal especial.

1. Intervinientes para el desenvolvimiento del juzgamiento

Para que se realice el juicio oral, es necesaria la presencia del juzgador penal, el representante del Ministerio Público, el acusado, el abogado de la defensa, la persona jurídica, la víctima, el querellante particular, y el tercero civil.

Si el testigo o perito no puede ser localizado para ser conducido compulsivamente, el juzgamiento continuará, prescindiendo de esta prueba de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 2, artículo 379 del CPP.

a) El juez penal o el presidente del juzgado colegiado

Es el que tiene a su cargo la dirección del juzgamiento respetando el debido proceso²² así como los principios constitucionales, y queda bajo su cuidado el orden de las sesiones, velando por el esclarecimiento de la verdad²³

Este sujeto procesal tiene las potestades siguientes:

- *Dirección.*

Es el poder que el juzgador penal tiene respecto a ordenar que se realicen en forma planificada el principio, el avance y el término del juzgamiento, es decir, actuar eficientemente de manera técnica y metódica durante los debates orales. Además le

22 Vid. Sentencia Casatoria N° 14-2009/La Libertad, en GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia penal, constitucional penal y procesal penal*, pp. 707-708.

23 AVILA, BORINSKY, FERNADEZ y LAGO. *Sistemas procesales penales comparados*, pp. 101-102.



corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes.

- *Disciplinaria.*

Es el poder que tiene el juzgador para mantener la tranquilidad, el respeto a la autoridad y el orden en la sala de audiencias, así como ordenar la expulsión de aquél que perturbe el desenvolvimiento del juzgamiento y disponer que se detenga al sujeto que ocasione amenazas o agresiones, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiera lugar; en este sentido, los aplausos, silbidos, gritos u otros gestos están prohibidos, de darse este caso, el juez penal o el presidente del juzgado colegiado les llamará la atención a fin de que guarden el orden, puesto que de persistir con esta actitud dispondrá que estas personas salgan de la sala de audiencias donde se realiza el debate oral, teniendo para ello la ayuda policial si fuera necesaria. Si el abogado defensor faltare el respeto al juzgador, éste le llamará la atención, pudiéndosele expulsar de la sala de audiencias como sanción disciplinaria de continuar con su gesto. En este caso podrá ser reemplazado el letrado por el que designe la parte interesada dentro de las veinticuatro horas o en su lugar se le designará un defensor de oficio.

- *Discrecional.*

Es el poder que tiene el juzgador o el presidente del juzgado colegiado de actuar libremente en forma eficaz, precisa e inteligente ante una circunstancia no esperada y no reglamentada en la legislación sin que esto signifique arbitrariedad. Un ejemplo de esto lo podemos apreciar en el caso de declarar impertinentes las interrogantes hechas de manera ambigua, capciosa u oscura por el abogado.

b) Representante del Ministerio Público

Es el fiscal en lo penal titular de la acción penal y quien tiene la carga de la prueba, encargado de emitir su acusación respetando las exigencias concurrentes del principio de legalidad²⁴, solicita el sobreseimiento del proceso, formula preguntas a las partes, ofrece medios probatorios e interpone recursos impugnatorios. Razón

24 Vid. Sentencia Casatoria N° 11-2007/La Libertad. Ob. cit., p. 703.



por la cual LEVENE lo considera como parte pública en sentido *sui generis*²⁵.

En la audiencia, la presencia del representante del Ministerio Público es indispensable, en caso contrario se le excluirá del juzgamiento de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 6, artículo 359 del CPP.

Si este magistrado no pudiera intervenir en el juzgamiento su adjunto lo deberá hacer en virtud a lo contenido en el Art. 23, 25 y 27 de la L.O.M.P.

“Este órgano autónomo, llamado Ministerio Público, es el encargado de elaborar las políticas con arreglo a las cuales se organiza la persecución criminal y se le entregan las competencias para dirigir con facultad de imperio las tareas de investigación policial”²⁶.

c) El acusado

Es la persona física a quien el fiscal penal en su acusación lo califica de autor o cómplice de un hecho tipificado como ilícito.

La concurrencia del acusado a la audiencia es indispensable para la realización del juzgamiento de acuerdo a lo establecido en el artículo 367 del CPP. Si este no asistiera al proceso penal será considerado como reo ausente o contumaz según el caso, debiéndose dictar las requisitorias y edictos correspondientes, y reservar el proceso hasta que estos sean habidos.

d) Abogado defensor

Es el letrado con estudios universitarios y a título legítimo que ejerce el Derecho. Según Asencio Mellado, a la abogacía le compete la defensa, entendida en sentido amplio y tanto desde posiciones activas cuanto pasivas en el proceso, de los intereses de los ciudadanos, así como otra serie de conflictos con relevancia jurídica²⁷.

El defensor designado por el imputado y los abogados de oficio conforman el Ministerio de Defensa, en tal sentido, su incomparecencia a la audiencia impide iniciar el juzgamiento conforme lo establece el artículo 367 del CPP.

25 Vid. LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 158.

26 BLANCO SUÁREZ, Rafael et al. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, p. 8.

27 ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*, p. 159.



Si el abogado no pudiera concurrir a la audiencia por enfermedad u otro impedimento, será remplazado por otro defensor, aplazando la sesión a fin de que el nuevo letrado tome conocimiento del proceso.

El juzgador penal garantizando el derecho de defensa, siempre debe de preferir al defensor designado por el procesado, que al abogado de oficio nombrado por éste.

e) Persona jurídica

Con la finalidad de aplicar el artículo 104 y 105 del Código Penal es que el nuevo modelo procesal penal introduce a la persona jurídica como parte procesal pasiva.

La inclusión formal de este ente jurídico al proceso penal se encuentra establecida en el artículo 91 del CPP. Además es necesario “establecer una ‘cadena de atribución’ que conecte a la persona jurídica o a sus órganos con acciones de facilitación, favorecimiento 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 penal”²⁸.

f) Víctima

Se entiende por víctima la persona ofendida directamente por la comisión del ilícito penal, y aparece en el proceso penal como:

- **Agraviado**

Es la persona física a quien se le ha causado directamente un menoscabo a su salud, vida, propiedad, honor, etc. –bienes jurídicamente protegidos– por la comisión de un ilícito penal o quien es perjudicado por las secuelas del mismo.

“Todo delito ocasiona perjuicio material a la víctima y el autor está obligado a reparar tal perjuicio, por ello como consecuencia del delito surgen dos acciones, una dirigida a obtener la aplicación de la sanción penal y otra dirigida a obtener el resarcimiento por el daño causado”²⁹.

Si el perjuicio es ocasionado al Estado o a un ente jurídico se nombrará un representante conforme a lo establecido en la normatividad.



28 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*, p. 104.

29 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal*, p. 163

- **Actor civil**

La acción reparatoria puede ser ejercitada por el agraviado o por quien la ley civil considera legitimado de reclamación. La persona que no ejerza de por sí sus derechos será representada por sus personeros legales.

La persona que sea constituido como actor civil dentro del proceso penal puede promover incidentes, concurrir a la audiencia, impugnar las resoluciones que la ley le permite e informar analizando los hechos, pero no pudiendo calificar el delito ni solicitar pena, debiéndose limitar a solicitar la reparación.

Para Bovino, la institución del actor civil solo significa la posibilidad de intervenir en el procedimiento penal para reclamar una pretensión de derecho privado que la víctima podrá reclamar de todos modos, en otro procedimiento³⁰, en este sentido, admite el código sustantivo la unidad procesal de la acción penal y civil producido por un delito con la finalidad de tutelar tanto al agraviado como al bien jurídico³¹.

Si el actor civil no concurre al juzgamiento, se tendrá por abandonada su constitución en parte procesal.

g) **Querellante particular**

Es la persona particularmente ofendida por un ilícito penal, por tanto, es el titular del ejercicio de la acción penal privada. La doctrina moderna y algunas legislaciones se han pronunciado decididamente por un incremento del elenco de delitos de acción privada, reconociendo a la víctima u ofendido todo el poder de acusar, con plena vigencia de la autonomía de la voluntad en la persecución penal, al punto de configurarse un ejemplo de sistema que se podría denominar acusatorio privado, casi puro³².

30 BOVINO, Alberto. La participación de la víctima en el procedimiento penal en Victimología y victimodogmática, en *Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal*, p. 593.

31 MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código Penal Exegético*, p. 285.

32 BERMUDES, Hugo. La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo; en "La víctima en el proceso penal", p. 211.



h) Tercero civil

Se entiende por tercero civil aquella persona natural o jurídica que no ha participado en el hecho punible. Sin embargo, responde económicamente por el daño ocasionado por su dependiente o conductor.

2. Características y finalidad del juzgamiento

El juicio oral que está regulado por principios fundamentales se caracteriza por ser:

- *Público.* El juicio oral tiene que llevarse a cabo en forma pública, y excepcionalmente podrá realizarse total o parcialmente privada tal como lo establece el artículo 357 del CPP. Esta etapa del proceso penal es pública, porque se realiza con libre acceso del público al lugar donde esta se realiza con puerta abierta, concurriendo del mismo modo todos los medios de información masiva para dar publicidad. La excepción se produce cuando el juzgador penal acuerda darle carácter privado a la audiencia o considera admitir una concurrencia limitada de personas a la misma, cuando se ventilan juicios que por su naturaleza así lo exijan, como podría ser el caso de los delitos contra la libertad sexual.
- *Oral.* El juicio se caracteriza por el empleo de las palabras es, pues oral, su predominio en el desarrollo del juzgamiento por los interrogatorios, los debates orales, la exposición de la acusación fiscal, las intervenciones de los abogados, incluso la lectura de la sentencia. Por la oralidad se opera la inmediación, es así que se conoce directamente la personalidad del imputado, testigo, perito, etc. Permitiendo apreciar a cabalidad la prueba.
- *Inmediación.* Mediante este principio el juzgador aprecia de forma directa los medios de prueba, es decir, que el juez penal unipersonal o colegiado se acerca al acusado, agraviado, testigos y peritos. Sin inmediación, la información ostenta una bajísima calidad y no satisface un control de confiabilidad mínimo. De ahí, que debe protegerse la inmediación del juez, pues la escritura no permite conocer directamente la prueba³³.



33 Sentencia Casatoria N° 09-2007/Huaura. Ob. cit., pp. 731-732.

- *Contradictorio*. En esta etapa del proceso penal se aprecia intereses opuestos que sustentan las partes, salvo aquellos casos de conformidad o allanamiento de la acusación fiscal. "Por consiguiente, la noción de prueba penal tiene como requisito esencial que haya sido sometida a debate contradictorio, con arreglo a los principios de inmediación, publicidad, oralidad y, desde luego contradicción (...) Esta regla no significa, sin embargo, que solo se puede valorar la denominada prueba plenaria, esto es, la practicada en el juicio oral, que exige el contacto directo con los elementos utilizados en él para lograr la convicción judicial"³⁴.
- *Continuo*. Iniciada la audiencia, esta continuará en sesiones consecutivas que sean indispensables hasta su culminación, salvo que se suspenda o postergue por no más de ocho días hábiles.

Esta etapa tiene por finalidad examinar las pruebas presentadas por las partes a través de su teoría del caso³⁵ para arribar a una conclusión acerca del hecho punible y la responsabilidad del procesado y se dicte la correspondiente resolución.

3. Desarrollo de la etapa del juzgamiento penal

Esta fase constituye la parte central del proceso penal³⁶, ya que mediante la prueba se pretende convencer al juez penal sobre la inocencia o responsabilidad del acusado. Esta etapa se inicia con el auto de citación a juicio oral, formándose luego el expediente judicial, el cuaderno para debate así como otros cuadernos que ordene el ente jurisdiccional hasta la culminación del juicio oral, con la expedición de la sentencia.

Si el asistente judicial del juzgado penal unipersonal o colegiado, encargado de verificar el auto de enjuiciamiento emitido por el juez de la investigación preparatoria, detecta un error o defecto en esta, lo devolverá al juzgador de la etapa intermedia del proceso penal para que lo subsane³⁷.

Entonces, la audiencia es el campo propicio en el que se realiza el juicio oral, en instancia única, permitiendo por una ficción legal que se desenvuelva en sesiones sucesivas, en tal sentido, es un acto procesal diverso,

34 SAN MARTIN CASTRO, Cesar Eugenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal*, p. 310.

35 Vid. MAVILA LEON, Rosa. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*, p. 139.

36 Vid. Sentencia Casatoria N° 09-2007/Huaura. Ob. cit., p. 731.

37 Vid. Exp. N° 1021-71-2006/Huaura, en BURGOS ALFARO, José David. *El nuevo proceso penal*, p. 214.



pero vinculado a la norma jurídica e indivisible a pesar de que este se efectúe en sesiones consecutivas del juzgamiento, llevado a cabo por el juez penal unipersonal o colegiado.

Este debate oral por lo general es realizado en la sala de audiencias a fin de hacerlo público para los interesados. Sin embargo, es posible que esta sala se traslade a otro sitio, distinto al de su sede, como es el caso de la declaración de un testigo en su domicilio, de una inspección ocular, etc, siempre que el ámbito territorial no afecte la publicidad del proceso, favoreciendo la celeridad del mismo y el rendimiento probatorio de este³⁸.

Instalada la audiencia se procede al desarrollo de la misma, teniendo en cuenta los pasos siguientes:

a) Apertura del juicio

El juzgador penal debe de expresar de manera específica lo que se va a debatir oralmente al instalar el juicio.

b) Alegatos iniciales

Tiene por finalidad dar a conocer nítidamente al juez unipersonal o colegiado, por primera vez, las posiciones o pretensiones de las partes (proyectándose al final del juicio las partes respecto de lo que esperan) y consisten en las exposiciones orales (teoría del caso que planea y organiza el alegato de apertura) resumidas de hechos (presentación del tema reflejando lo esencial de su teoría y su organización cronológica) y argumentaciones jurídicas (organización metodológica sistemática o estratégica) sustentadas con medios de prueba (organiza su presentación al juzgamiento, siendo prudente en no realizar afirmaciones que luego no podrá demostrar) que se efectúan en el orden siguiente:

- La fiscalía. Presenta el hecho punible imputado, su calificación jurídica y las pruebas de cargo ofrecidas y admitidas, pues no puede existir juicio sin acusación³⁹ ni acusación tácita o implícita, pero sí puede plantearse tipificaciones alternativas por el tribunal, pues no altera el objeto procesal, al respetarse la

38 MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy Fernán y MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código de Procedimiento Penales Exegético*. Estudio de las normas progresivas del Nuevo Código Procesal Penal, p. 634.

39 *Vid.* Sentencia Casatoria N° 54-2009/La Libertad. Ob. cit., pp. 708-709.



identidad entre el *fatum* acusatorio y los hechos declarados probados en la sentencia, así como la homogeneidad del bien jurídico existente⁴⁰.

- El abogado defensor. Presenta sus argumentos respecto al supuesto ilícito, y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas, pues esta parte cuenta con los mismos medios procesales que la parte contraria⁴¹.
- El abogado del actor civil. Presenta su derecho de reparación y las pruebas ofrecidas y admitidas.
- El abogado del tercero civil. Presenta su pretensión y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.

Concluidos estos alegatos, el juzgador pone en conocimiento del acusado sobre sus derechos, y de manifestarse si lo desea respecto de la acusación. En caso de que el acusado dé su conformidad sobre la acusación, admitiendo ser autor o partícipe del hecho punible, previa consulta con su abogado defensor, el juez declarará por terminado el juzgamiento, debiendo de resolver.

c) 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”⁴². Los momentos de la actividad probatoria son:

- Aportación de pruebas

Las pruebas se admiten a solicitud del representante del Ministerio Público y de los demás sujetos procesales. Estos medios de prueba pueden ser nuevos o reiteran medios de prueba no admitidos en la audiencia preliminar llevada a cabo por el juez de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal. La admisión de nuevos medios de prueba en el juicio oral se basa en argumentos de urgencia y excepcionalidad⁴³.

40 Vid. Sentencia Casatoria N° 62-2009/Tacna, *ibidem*, p. 713.

41 Vid. Sentencia Casatoria N° 54-2009-/La Libertad, *ibidem*, pp. 711-712.

42 CUBAS VILLANUEVA, Víctor. El nuevo proceso penal peruano, p. 271.

43 Vid. Sentencia Casatoria N° 10-2007/Trujillo. Ob. cit., pp. 733-734.



- Admisión de pruebas

Esta se dará cuando la prueba tiene por objeto apreciar la imputación del hecho cometido y su respectiva secuela jurídica, por tanto, resultan inadmisibles las pruebas impertinentes, inútiles, inconducentes, y prohibidas. Además, el juzgador puede limitar la admisión de pruebas al ser de imposible actuación o exageradamente cuantitativa.

- Convenciones probatorias

Las partes acuerdan dentro del proceso que determinado medio de prueba no debería ser demostrado, puesto que resulta ser un hecho notorio. La tesis de desvinculación del juzgador se dará cuando fundamente las razones de su rechazo a la convención probatoria.

- Actuación de la prueba

La actuación probatoria en el juzgamiento se efectúa en el orden general siguiente:

- Examen del acusado. Este interrogatorio directo –pretende extraer informaciones indispensables para construir una teoría del caso– se realiza por el fiscal y los abogados defensores de las partes, sujetándose a las reglas del numeral 2, artículo 376 del CPP; y del numeral 1, artículo 376 del CPP. Si los acusados son varios, el orden del interrogatorio lo determinará el juzgador penal, ya sea de modo individual o separadamente a pedido de oficio o parte.
- Examen de testigos y peritos. Este examen se rige por las mismas reglas del interrogatorio al acusado. Se inicia con el juramento o promesa de decir la verdad, siendo interrogado primeramente por quién la ofreció como prueba; y luego por las otras partes (contrainterrogatorio), para superponer su teoría del caso. El juzgador admitirá que los peritos durante su interrogatorio puedan consultar notas, publicaciones y documentos; y en el caso de los testigos que justificadamente incurririeron a la sala de audiencias, el juzgador se trasladará al lugar donde éste se encuentre; o permitirá si es indispensable la videoconferencia, delegando la actuación probatoria a un órgano jurisdiccional distinto.
- Examen de la prueba material. Esta prueba será presentada en el transcurso de la declaración del acusado, testigo y perito,



con la finalidad que estos las reconozcan e informen lo pertinente.

- Oralización de la prueba documental. La oralización implica que el documento tiene eficacia probatoria, pues el propósito de este acto no solo es considerar el contenido del documento como relevante sino también el de ponerlo al día⁴⁴. Es la incorporación de las pruebas al juzgamiento. Esta se inicia con la prueba presentada (indicando su pertinencia, relevancia probatoria y la foliación respectiva) por el representante del Ministerio Público, luego por el abogado del actor civil, el letrado del tercero civil, y el abogado defensor del imputado. Con la finalidad de sustentar su petitorio respecto del instrumento oralizado, las partes harán el uso de la palabra. Por lo demás se deberá tener presente lo preceptuado en el artículo 383 del CPP.
- Otros medios de prueba y prueba de oficio. Para los fines del proceso penal se puede llevar a cabo la realización de la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos.

- Valoración de la prueba

Se observa las reglas de la lógica, ciencia, y experiencia, estableciendo los resultados obtenidos y los criterios adoptados. Cabe aclarar que no toda omisión de la valoración de la prueba legal introducida en el debate provoca *per se* la invalidación de la sentencia por falta de motivación, pues implicaría recoger un rígido y trivial formalismo para anular procesos sobre la base de pruebas que no son sustanciales⁴⁵.

d) Alegatos finales

Es el análisis que realizan las partes respecto a los hechos y argumentos jurídicos contenidos en la acusación y de todo cuanto se ha actuado en la sala de audiencias (Planteamiento de la teoría del caso demostrando su versión y destacando sus enfoques: fáctico, jurídico y probatorio), es decir, que “la teoría del caso, que únicamente fue anunciada en su momento a través del

44 MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *La implementación progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal comentadas*, p. 73.

45 Sentencia Casatoria N° 07-2010/Huaura. Ob. cit., p. 727.



alegato de apertura, queda finalmente perfilada en el alegato final⁴⁶.

Entonces, debe entenderse que “el alegato no puede ser producto de una trasnochada; por el contrario, la preparación del alegato final se encuentra unida a la propia preparación de la teoría del caso. Puede decirse que la preparación del alegato final se inicia al empezar la construcción del caso”⁴⁷.

Esta exposición final difiere del alegato de apertura en que debe ser convincente en sus apreciaciones fácticas, jurídicas y probatorias, pues su análisis lo lleva a concluir solicitando la absolución, condena o atenuación de la pena.

Por eso, Bergman indica que “el principal objetivo del alegato final es convencer al juzgador de que nuestras proposiciones fácticas son exactas. Como un juzgador generalmente desea sentir que una decisión no solo es legalmente válida, sino moralmente justa, una meta afín y concurrente del alegato final es formular razones en el sentido de que la exactitud de nuestras proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de justicia”⁴⁸.

La expiración del contradictorio tiene el orden siguiente:

- Exposición oral del fiscal. Se puede optar por reiterar la pretensión acusatoria o retirar la requisitoria fiscal.
- Alegatos del actor civil. Demostrará que existe derecho de reparación, estableciendo su cuantía indemnizatoria, solicitando la restitución del bien o el pago por su valor. Y estando prohibido de calificar el hecho punible.
- Alegatos del tercero civil. Sostiene que no existe el hecho punible atribuido al acusado, con la finalidad de excluir su responsabilidad civil, refutando la atribución solidaria que se le hace por el daño y monto indemnizatorio que se peticiona. También está prohibido de referirse a la imputación desde el ámbito penal.
- Alegatos del defensor. Responde a la acusación fiscal, empleando etiquetas desde su punto de vista, analizando el hecho pu-

46 RABANAL PALACIOS, William et al. *El Código Procesal Penal comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, p. 752.

47 REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*, p. 226.

48 BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio*, p. 186.



nible, la pena y su reparación. Su defensa concluye solicitando la absolución del procesado o la atenuación de la pena.

- Autodefensa del acusado. Es la intervención del acusado por la que se estima lo más conveniente para su defensa. Sin embargo, resulta desafortunada la apreciación de Reyna Alfaro respecto del artículo 391 del CPP al decir que es “conocido comúnmente con el nombre de ‘la última palabra’ del acusado”⁴⁹, puesto que el acusado si lo desea puede no hacer uso de su derecho de defensa, en este sentido señala bien el maestro Roxin que “solo exige que el acusado sea oído, pero no que él tenga siempre la última palabra”⁵⁰.

e) Deliberación

Terminado el debate oral, el juzgador penal debe deliberar sobre el fallo, haciéndolo de modo secreto, y por un tiempo que no exceda de dos días en procesos sin complejidad y de cuatro días en procesos con complejidad. Si se excede este plazo se quiebra el juicio oral, debiéndose repetir este en otro juzgado penal.

En lo que respecta a la votación de la decisión, esta puede expedirse de dos maneras, por unanimidad o mayoría.

En el primer caso, la situación no reviste mayor problema, ya que el juez o los tres miembros del juzgado colegiado están de acuerdo con la sanción penal a aplicar; y en el segundo caso, existe disconformidad entre estos, sin embargo, para que la resolución sea válida deberán constar los dos votos conformes, salvo en el caso de aplicar la pena de cadena perpetua que requiere de una decisión unánime.

Existe otra regla procesal con relación a la sentencia por mayoría que establece si los tres jueces colegiados no están de acuerdo con la pena a imponer, deben expedir sentencia con pena intermedia; por ejemplo, un juez opina por tres años de pena privativa de libertad, el otro colegiado por cinco años y el tercer magistrado por ocho años, en consecuencia, para expedirse la resolución es necesario dos votos conformes, sin embargo al no haber concierto de opiniones se utiliza la pena intermedia que sería, según el ejemplo, cinco años de pena privativa de libertad.

49 REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. cit., p. 53.

50 ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*, p. 360.



El colegiado que no se pone de acuerdo con los otros dos jueces, emitirá un voto singular, donde dejará constancia en el acta respectiva su posición, el mismo que deberá de fundamentarlo señalando las razones que lo han llevado a opinar diferente de sus otros colegas.

f) Resolución

En el derecho procesal penal no existe la costumbre como fuente de ley, en este sentido, García Rada nos dice: "Ningún juez puede emitir resolución basado en la costumbre aunque sea observada en forma total y absoluta"⁵¹.

Empero, la jurisprudencia es fuente en el proceso, solo en aquello que constituye interpretación constante y uniforme de los tribunales acerca de los preceptos legales.

De ahí que, los jueces penales pueden fundar sus resoluciones en la jurisprudencia del superior jerárquico, sin embargo, ella no obliga –salvo las que tienen fuerza vinculante– y válidamente el juzgador puede apartarse de lo que disponen las ejecutorias.

La fuente primaria y de obligada observancia lo constituye la ley.

Los jueces y tribunales, pueden no acatar la jurisprudencia de la Corte Suprema, pero no pueden dejar de aplicar la ley.

Los decretos leyes tienen categoría de leyes y obligan su cumplimiento, excepto que no fueren ratificados por el Congreso, en cuyo caso, desde ese momento dejan de tener vigencia.

La Constitución prima sobre las leyes, y éstas no pueden exceder los alcances de aquella.

Jiménez de Asúa señaló que "la única fuente productora del derecho penal es la ley, tomando en sentido formal y más solemne es la manifestación de la voluntad colectiva, expresado mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones"⁵².

Las resoluciones judiciales según su objeto son:

- Decreto
Son los llamados proveídos quedan curso a un expediente para que siga su trámite.



51 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 13.

52 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*, p. 92.

- Auto

Es una forma de resolución judicial, fundada y que decide cuestiones para las que no se requiere sentencia.

La legislación argentina considera a la resolución como un término genérico para decidir situaciones y medidas de publicidad y ejecución de leyes.

Los autos toman su nombre, calificativo de acuerdo a su naturaleza o al estado del proceso.

- Sentencia

La sentencia es una decisión del juez penal unipersonal o colegiado. Esta puede ser *constitutiva*, cuando crea una situación jurídica nueva, por oposición de la sentencia declarativa que reconoce derechos preexistentes o que se considera legalmente como tal. El acto *declarativo*, resulta de la naturaleza de una cosa, cuando reconoce un derecho preexistente, como es el caso de la transmisión de los bienes en la herencia; es común cuando resulta aplicar a una tercera persona los efectos de la sentencia que se ha dictado, ya respecto del actor y el demandado principal, y que tiene por objeto extender a dicho tercero las consecuencias de la cosa juzgada; es *contradictoria*, ya que la sentencia dictada se dirige a las partes que han comparecido ante la sala de audiencias y expuso sus pretensiones de sentencia de condena; sentencia definitiva; sentencia denegatoria; o sentencia interlocutoria, que dicta al finalizar el pleito y que en nada afecta a las partes.

Cabe aclarar que la anulación del juicio por defecto estructural de la sentencia no comprende a esta resolución firme⁵³.

La notificación es un requisito previo que se debe entregar a los sujetos procesales, antes que se dicten las resoluciones judiciales en el curso del proceso, el cual se acompaña al dictamen o petición que es objeto de la resolución.

Esto es la regla más elemental del proceso y que se hace necesario cautelar el derecho de defensa o el oportuno cumplimiento de los deberes procesales.

53 Vid. Sentencia Casatoria N° 16-2009/La Libertad. Ob. cit., pp. 734-735.



Partes de la sentencia

Son la expositiva, considerativa y resolutive que a continuación analizaremos.

- **Parte expositiva**

En esta parte, el juez penal unipersonal o colegiado debe hacer un relato de la forma y circunstancias cómo se ha producido el evento delictuoso, es decir, de los hechos que han originado el delito materia de investigación, así como también la apreciación respecto de cómo se ha desenvuelto el proceso penal. De esto se desprende que el juzgador debe acreditar con las pruebas actuadas en el proceso penal que su relato tiene sustentación lógica y legal.

- **Parte considerativa**

Es una de las partes más relevantes de la resolución, ya que el juzgador penal consigna los fundamentos de la sentencia, de la cual va a llegar a una conclusión. El juzgador unipersonal o colegiado al apreciar la prueba actuada expondrá sus razones con relación al mérito que le merece cada una de las pruebas. De la lectura de los fundamentos de hecho, doctrinarios y legales podrá ya dilucidarse con nitidez cual será el fallo final, que es producto de la valoración de las pruebas de cargo y descargo que se aportaron.

- **Parte resolutive**

Es la decisión de la sala de audiencias con relación al proceso que se le sigue al acusado. Si en su fundamentación no se llegara a acreditar el delito o la responsabilidad penal, el fallo absolverá al imputado, pero si el juzgador penal unipersonal o colegiado considera que sí se acreditado la responsabilidad penal del procesado y el delito, el fallo será condenatorio, fijándose además un monto por reparación en favor de la víctima.

Tipos de sentencia

Son la absolutoria y la condenatoria que pasaremos a estudiar.

• **Sentencia absolutoria**

Es aquella en la que el juez penal libera al acusado de la pena solicitada por el representante del Ministerio Público.



En este tipo de sentencia, la absolución procede:

- Por inexistencia del hecho delictuoso, es decir, que no se llega a comprobar dentro del proceso su real existencia.
- Cuando existe el delito, pero no se ha establecido que la persona acusada sea el responsable de la comisión del hecho punible.
- Cuando el acusado autor del hecho delictivo es inimputable, como es el caso del enfermo mental.
- Cuando el acusado es autor del hecho punible, pero su acto no es penado, tal como es el caso de la excusa absolutoria para los delitos de hurto simple, hurto agravado, apropiación ilícita, apropiación de bien perdido, hurto impropio, estafa genérica, estafa especial y daños simple. La excusa absolutoria contenida en el Art. 208 del C.P. no absuelve propiamente a los autores del hecho, sino tan solo no les impone pena, subsistiendo la reparación y la punición de los partícipes *extraneus*. Por esta razón es que, para algunos autores, se debería denominar a esta figura causas personales de exclusión de punibilidad.
- Por falta de pruebas sobre la existencia del acto ilícito como es el caso de que en el delito de homicidio no se puede acreditar la existencia del cadáver o en el delito de patrimonio no es posible acreditar la preexistencia del bien o el objeto del ilícito.
- Por insuficiencia de pruebas sobre la responsabilidad del procesado. En este caso, el juzgador deberá emitir sentencia absolutoria en base al principio *in dubio pro reo*.

- *Sentencia condenatoria*

El juzgador penal la impone cuando ha llegado a la conclusión, que como consecuencia de la etapa de investigación preparatoria, intermedia, y juzgamiento ha quedado debidamente establecido el delito y la responsabilidad del imputado, lo que significa, según Binder, el reconocimiento de la existencia de todos los presupuestos que habilitan la imposición de una pena y su determinación⁵⁴.

54 BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio*, p. 110.

Esta resolución señalará lo siguiente:

- El juzgado penal, que es predeterminado por la ley para llevar a cabo el juicio oral.
- Lugar y fecha donde se ha dicta la resolución para establecer la vigencia de la acción penal.
- Nombre del juez penal unipersonal o de los tres colegiados que han intervenido en el juzgamiento (principio de identificación), ya que en un Estado social y democrático de derecho no está permitido los jueces sin rostro.
- Nombres de las partes procesales afectadas por la comisión del hecho punible.
- Datos personales del acusado. Los nombres o apellidos de éste no solo deberán de ponerse en la parte resolutive sino también en la parte introductoria, ya que la responsabilidad penal es de carácter personalísimo, y permite así evitar confusiones como la homonimia.
- El acto ilícito. Es la descripción imparcial del acontecimiento delictivo, que permite anunciar la responsabilidad penal.
- Las pruebas. Es la apreciación y evaluación que hace la sala de audiencias en la parte considerativa de la resolución respecto de los medios probatorios actuados en el proceso a fin de deducir la responsabilidad penal.
- La calificación del hecho punible. Consiste en indicar la modalidad empleada y otras circunstancias que la ley penal preceptúa, por ejemplo, las contenidas en el artículo 21 y 46 del C.P.; Asimismo, invocar la doctrina y jurisprudencia que permita jurídicamente calificar el hecho cometido.
- La pena principal. Son aquellas que no dependen de otra pena, es decir, se imponen en forma autónoma, por ejemplo, la pena privativa de libertad.
- La pena accesoria. Son las que están unidas con las penas principales, por ejemplo, el artículo 30 del C.P.
- La medida de seguridad. Es una consecuencia jurídica que consiste en privar en forma detentiva o restrictiva a inimputables y semi-imputables que han cometido delitos y que, en el futuro, exista la probabilidad de que estos vuelvan a delinquir. En este sentido, la función de la medida de segu-



ridad no se presenta con certeza jurídica integral como lo tiene la pena, ya que en la medida de seguridad inicialmente existe una certeza jurídica y luego una futura hipótesis basada en constataciones reales. De acuerdo a lo preceptuado en el artículo 72 del C.P., las medidas de seguridad tienen que tener como requisitos lo siguiente: Primero, que el agente haya realizado un hecho previsto como delito, es decir, que se requiere la tipicidad y la antijuridicidad de la acción del inimputable; y segundo que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de futuros actos ilícitos. Aquí lo que se valora es tanto al acto (posibles y relevantes actos delictivos) como al autor (considerado peligroso para la sociedad). No siendo las medidas de seguridad penas, por ende, no están sometidas al principio de culpabilidad sino al de proporcionalidad. Esta proporcionalidad al que se refiere el artículo 73 del C.P. es más amplia que la proporcionalidad que se menciona en el artículo VIII T.P. del C.P., porque en el artículo 73 comprende tanto la proporcionalidad predelictual y postdelictual a diferencia del Art. VIII que menciona solo la proporcionalidad postdelictual, es decir, una proporcionalidad de pena al hecho cometido. Considerándose así, que tal como lo establece nuestro Código Penal, en su artículo 73, el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad no solo están en función al delito cometido sino a que el agente pueda cometer delitos en el futuro (el pronóstico del comportamiento futuro del agente tiene que revelar una elevada probabilidad que ha de ser cierta, pero no remota), siendo esto último importante para JESCHECK, debido a que las medidas de primer plano lo ocupa la necesidad de seguridad general. Esto significa que la medida de seguridad predelictual tiene como fundamento la peligrosidad del autor.

- La reparación. Las consecuencias jurídicas del delito no solo son la pena o la medida de seguridad sino también la reparación. Se entiende por reparación el resarcimiento del menoscabo ocasionado por una conducta dañosa antijurídica y culpable, en tal sentido, admite el Código Penal la unidad procesal de la acción penal y civil producido por un delito

con la finalidad de tutelar tanto al agraviado como al bien jurídico. En cuanto a la naturaleza jurídica de la reparación civil existe polémica. Al respecto estamos de acuerdo con MIR PUIG al considerar preferible la reparación como acción de naturaleza civil, pero desde una perspectiva político-criminal resulta más ventajoso incluirla dentro del derecho penal. De acuerdo al artículo 93 del C.P., la reparación civil comprende la reintegración del bien a su estado anterior a la producción del ilícito penal (restitución) o el pago del valor del bien objeto material del delito cuando no sea posible restituir éste (resarcimiento). También en el numeral segundo de este dispositivo se comprende dentro de la reparación civil a la indemnización, la cual tiene por objeto resarcir al perjudicado que ha sufrido un menoscabo –daño emergente– así como que haya dejado de percibir sus ganancias –lucro cesante– a consecuencia del ilícito. Según lo acordado en el pleno jurisdiccional de 1999 no procede reducir o elevar el monto de la reparación civil en atención a la gravedad del delito o a la capacidad económica del agente. La restitución como una de las formas de reparación civil debe hacerse con el mismo bien aunque se encuentre legalmente en posesión de un tercero, sin desconocerle su derecho de repetición para reclamar el valor contra quien corresponda. En el caso en que la restitución sea imposible por pérdida, destrucción o cuando un tercero lo haya adquirido legalmente, el perjudicado solo podrá exigir una indemnización a falta de restitución del bien. Si la restitución fuera parcial se deberá aceptar siempre y cuando se cumpla con indemnizar lo no restituido. Esta reparación es solidaria, es decir, que cualquiera de los sujetos activos tiene que pagar el íntegro de la reparación civil –que puede ser patrimonial o no– a favor del sujeto o de los sujetos pasivos. El artículo 95 nos quiere decir que en la responsabilidad solidaria el grado de participación que el sujeto tenga –autor o partícipe– en el delito no interesa, ya que también se comprende al tercero civil. La obligación a pagar la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos forzosos o legatarios del agente hasta donde alcance el acervo sucesorio o masa hereditaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 661 del



C.C. También se transmite a los herederos de la víctima el derecho de exigir la reparación civil. Por tanto, Prado Saldarriaga nos dice “si el procesado fallece antes de la sentencia no cabe demandar a sus herederos el pago de la reparación civil que se haga solidaria a otros agentes del delito y del daño ocasionado al agraviado”⁵⁵. Según el artículo 97 del C.P. si el sujeto activo después de haber cometido un delito contrae nuevas obligaciones con el propósito de disminuir su patrimonio resultando insuficiente para cubrir el monto de la reparación civil, todos estos actos son considerados como nulos, pero siendo necesario tutelar todos aquellos actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros. Desde el punto de vista extrapenal se garantiza el pago de la reparación civil mediante la acción pauliana conocida también en la doctrina civil como acción revocatoria o acción de fraude contenida en el artículo 195 del C.C. En caso de insolvencia total o parcial del condenado, es decir, cuando éste no tiene bienes y rentas o cuando los bienes y rentas que tenga no cubren el monto de la reparación civil, el juez ordenará al condenado para que pague hasta un tercio de su ingreso para dicha reparación. Esta manera de cubrir el monto de la reparación civil se da cuando al condenado se le impone pena privativa de libertad, pena restrictiva de libertad, pena limitativa de libertad o pena de multa. La acción civil como la acción penal deben estar en relación, esto es, si la acción penal deja de producir efectos jurídicos por cualquier motivo legal esta se extinguirá al igual que la acción civil, excepto los casos en que por disposición legal subsista la obligación de la reparación civil.

- Los dispositivos de la ley penal. Se indicará en la sentencia los artículos del Código sustantivo, adjetivo u otros que sean pertinentes en forma clara y precisa más no ambiguo u oscuro, porque la resolución será declarada nula. Por eso, Colomer Hernández señala que esta selección tiene por objeto encontrar un fundamento normativo para su decisión, de modo que la opción del juzgador pueda encontrar apoyo en

55 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, p. 288.



una norma jurídica válida y adecuada a las circunstancias del caso⁵⁶; y

- Firma del juez penal o de los jueces colegiados de la sala de audiencias.

Impugnación de la sentencia

Terminada la lectura de sentencia, el juez penal unipersonal o colegiado deberá preguntar a las partes si se encuentran conforme o no con la resolución e interpondrán su medio impugnatorio. La parte interesada podrá reservarse su recurso de apelación o interponer esta, pudiendo fundamentarla con posterioridad al acto de lectura de la sentencia.

COLOFÓN

La presente investigación arriba a las conclusiones siguientes:

- La teoría del caso es la tesis de solución que presentan las partes durante el proceso penal, y que tiene por finalidad que el juzgador le crea su versión de hechos, calificación jurídica, y aporte probatorio alejado de cualquier intención de manipulación ilícita.
- El elemento jurídico de la teoría del caso debe apreciar al hecho punible que es el comportamiento injusto y culpable; y que tiene como secuela una sanción adecuada a la responsabilidad del agente, sometida en pocas ocasiones a condiciones objetivas de punibilidad.
- Los elementos del tipo que comprende su aspecto objetivo y subjetivo, proporcionan un análisis reducido del elemento jurídico de la teoría del caso, puesto que es indispensable apreciar los elementos del hecho punible.
- Los elementos fáctico, jurídico y probatorio de la teoría del caso son concurrentes. La teoría del caso solo será considerada una buena historia que presenten las partes, si no se toma en cuenta el elemento probatorio.
- La etapa de juzgamiento tiene como objetivo merituar las pruebas presentadas y sustentadas por las partes a través de su teoría del caso, para arribar a una conclusión, que se refiera a determinar que se ha o

56 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, pp. 244-245.



no acreditado el delito y la responsabilidad del procesado, y se dicte la correspondiente sentencia.

- La apreciación de la teoría afirmativa y negativa del hecho punible (elemento jurídico); las circunstancias, móviles, lugares, etc. (elemento fáctico); y documentos, videos, audios, etc. (elemento probatorio) deberán estar contenidas en la acusación y alegatos, pues es el juzgador penal como tercero neutral quien da la razón a una de las partes. De ahí de la centralidad del juicio y su relevancia en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, José María. *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

AVILA, BORINSKY, FERNADEZ y LAGO. *Sistemas procesales penales comparados*. Ad hoc S.R.L., Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 1988.

BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio. *Litigación penal juicio oral y prueba*. Editorial Alternativas, Lima, 2005.

BERGMAN, Paul. *La defensa en juicio*, Segunda edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

BERMUDES, Hugo. "La participación del damnificado (víctima) en el proceso penal uruguayo"; en *La víctima en el proceso penal*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1997.

BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Editorial Alternativas, Lima, 2002.

BLANCO SUÁREZ, Rafael et al. *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*. Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005.

BOVINO, Alberto. "La participación de la víctima en el procedimiento penal en Victimología y victimodogmática"; en *Una aproximación al estudio de la víctima en el Derecho Penal*. Ara editores, Lima, 2003.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y BRAMONT ARIAS - TORRES, Luis Alberto. *Código Penal Anotado*. Editorial San Marcos, Lima, 1995.

BURGOS ALFARO, José David. *El nuevo proceso penal*. Grijley, Lima, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Editorial Ariel, Barcelona, 1989.



CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El Proceso Penal*. Palestra Editores, Lima, 2003.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano*. Palestra Editores, Lima, 2009.

COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental*. Vol. II. Editorial Temis, Bogotá, 1995.

GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino. *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia penal, constitucional penal y procesal penal*. Jurista editores, Lima, 2012.

GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Tipografía Sesator, Lima, 1984

HASSEMER Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1984.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. Marcial Pons - Ediciones jurídicas, Madrid, 1995.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner teil; Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2ª ed.; Walter de Gruyter, Berlin - New York, 1991.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*. Editorial Andrés Bello, Caracas, 1945.

LEVENE, Ricardo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editora Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

MAVILA LEON, Rosa. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Jurista editores, Lima, 2005.

MAUET, Thomas A. *Estudios de técnicas de litigación*. Trad. Karen Ventura Saavedra, Jurista Editores, Lima, 2007.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. Tecfoto, Barcelona, 1996.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código Penal Exegético*. Editorial San Marcos, Lima, 2003.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *La implementación progresiva de normas del Nuevo Código Procesal Penal comentadas*. Editorial San Marcos & Ediciones Legales, Lima, 2005.

MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. "Legítima defensa como ratificación y no represión del derecho penal material y formal"; en *El penalista*



de la América Austral. Ofrenda académica al profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, Pangea, Arequipa 2010.

MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy Fernán y MOMETHIANO SANTIAGO, Javier Ysrael. *Código de Procedimiento Penales Exegético. Estudio de las normas progresivas del Nuevo Código Procesal Penal*. Editorial San Marcos, Lima, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Legis editores S. A., Bogotá, 2006.

NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del Nuevo proceso penal & de litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta jurídica, Lima, 2000.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo proceso penal, reforma y política criminal*. Idemsa, Lima, 2009.

RABANAL PALACIOS, William et al. *El Código Procesal Penal comentarios descriptivos, explicativos y críticos*. Jurista editores, Lima, 2008.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Litigación estratégica y técnicas de persuasión aplicadas al nuevo proceso penal*. Grijley, Lima, 2009.

ROY FREYRE, Luis Eduardo. *Derecho Penal. Parte especial*, Tomo I, Segunda edición, AFA Editores importadores S. A., Lima, 1986.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Editora Civitas S.A., Madrid, 1997.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

ROXIN, Claus. *Dogmática Penal y política criminal*. Idemsa, Lima, 1996.

SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima 2012.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2009.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal*. Grijley, Lima, 1997.





Artículo 357. Publicidad del Juicio y restricciones

1. *El juicio oral será público. No obstante ello, el Juzgado mediante auto especialmente motivado podrá resolver, aún de oficio, que el acto oral se realice total o parcialmente en privado, en los siguientes casos:*
 - a) *Cuando se afecte directamente el pudor, la vida privada o la integridad física de alguno de los participantes en el juicio;*
 - b) *Cuando se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional;*
 - c) *Cuando se afecte los intereses de la justicia o, enunciativamente, peligre un secreto particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible o cause perjuicio injustificado, así como cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia;*
 - d) *Cuando esté previsto en una norma específica;*
2. *El Juzgado también podrá disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, las siguientes medidas:*
 - a) *Prohibir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la Sala de Audiencias cuando afecten el orden y el decoro del juicio;*
 - b) *Reducir, en ejercicio de su facultad disciplinaria, el acceso de público a un número determinado de personas, o, por las razones fijadas en el numeral anterior, ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas;*
 - c) *Prohibir el acceso de cámaras fotográficas o de filmación, grabadoras, o cualquier medio de reproducción mecánica o electrónica de imágenes, sonidos, voces o similares, siempre que considere que su utilización puede perjudicar los intereses de la justicia y, en especial, el derecho de las partes.*
3. *Desaparecida la causa que motivó la privacidad del juicio se permitirá el reingreso del público a la Sala de Audiencias. El Juzgado, con criterio discrecional, podrá imponer a los participantes en el juicio el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaren o conocieren.*
4. *Los juicios sobre funcionarios públicos, delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución son siempre públicos.*
5. *La sentencia será siempre pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario.*

Artículo 358. Condiciones para la publicidad del juicio

1. *Se cumple con la garantía de publicidad con la creación de las condiciones apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia.*

2. **Está prohibido el ingreso de aquel que porte arma de fuego u otro medio idóneo para agredir o perturbar el orden. Tampoco pueden ingresar los menores de doce años, o quien se encuentra ebrio, drogado o sufre grave anomalía psíquica.**

COMENTARIO:

LA PUBLICIDAD DEL JUICIO ORAL Y SUS RESTRICCIONES

PEDRO ANGULO ARANA*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que la publicidad del juicio oral se vincula con el hecho de que aquella etapa es la última y decisiva¹ o, como dijo Klaus Volk, el “punto máximo de cualquier proceso penal”², pues en la etapa de investigación, las incidencias y actuaciones se hacen con reserva o, inclusive, con secreto, para preservar sus fines; y, ello constituye algo tan razonable que es aceptado, universalmente, en la legislación comparada.

El enjuiciamiento se realiza de manera pública, no en tributo a la historia del proceso ni al mejor dogma (que no admite errores ni tergiversaciones en la práctica), sino en función de altos intereses, valores y fines concretos que se pretenden cautelar, de modo que la publicidad del proceso penal constituye, entre nosotros, un derecho constitucional³ y un derecho humano⁴.

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Penal en la USMP, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la AMAG.

1 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo. “Los principios de la reforma y el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Penal (NCP)” En: *Artículos y Ensayos en torno a la Reforma del Sistema Procesal Penal y apuntes sobre la Justicia Constitucional*. Revista Institucional N° 8, Academia de la Magistratura, Lima, 2008, p. 155.

2 VOLK, Klaus; “Los principios del proceso penal y la Sociedad Postmoderna: contradicciones y perspectivas”. En: *Constitución y sistema acusatorio, un estudio de Derecho Comparado*; Universidad externado de Colombia, Kai Ambos y Eduardo Montealegre Lynett, compiladores; Bogotá, 2005, p. 210.

3 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. “Publicidad de los procesos”. En: *La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo*, Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2005, pp. 500 y ss.

4 Se dice que “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente (...)” Artículo 14, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Derechos Humanos, recopilación de Instrumentos Internacionales, Volumen I, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, p. 24. “El proceso debe ser público,

Cierto es que la publicidad no resulta muy provechosa cuando se ignora el manejo del juicio oral, de modo que no se controlan los errores de algunos colegiados que desconocen el interés de la estrategia, tanto de la acusación como de la defensa, asumen la condición de fiscales, maltratan a los sujetos procesales, preguntan de modo repetitivo, sugestivo, confuso; manteniendo, tradicionalmente, aquellos y otros errores en virtud de que poseen la autoridad definitoria del procedimiento.

De lo dicho se desprende que la publicidad, para que cumpla las altas finalidades que persigue, debe estar acompañada de ciertas condiciones, como son, por ejemplo, el conocimiento, por todos los actores, de la forma debida de llevar la audiencia, la dirección firme y ponderada por parte del juez o colegiado conforme al Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), y la firme actitud de sus actores, para hacer respetar sus reglas así como la del público y el periodismo, como para elogiar su manejo o criticarle.

Por otro lado, y lamentablemente, la publicidad también puede generar variados problemas, pues, por ejemplo, los familiares del acusado pueden aprovecharla para presionar a los testigos o amenazar al agraviado; y un mal entendido periodismo podría destacar lo superfluo, para generar novelas o circos o, peor aún, podrían intentar presionar a los magistrados a favor de la parte por la que desarrollan simpatía; y así y de otros modos, pueden afectarse los intereses de la justicia.

En razón de lo último es que han surgido las restricciones y por ello tratar esta temática se hace interesante en el NCPP, por lo que venimos ahora a ofrecer un punto de vista alrededor de la publicidad en el juicio oral, en tanto regla, así como las excepciones que se pueden legítimamente constituir a partir de ponderar otros importantes intereses, que merecen ser cautelados.

II. CONCEPTO

Nuestro maestro, Florencio Mixán Mass, en su importante texto sobre el juicio oral, nos ha ofrecido el siguiente concepto “la publicidad del juzgamiento penal es la negación antagónica del juzgamiento en secreto, tal como ocurrió en el modelo inquisitivo antiguo”⁵.

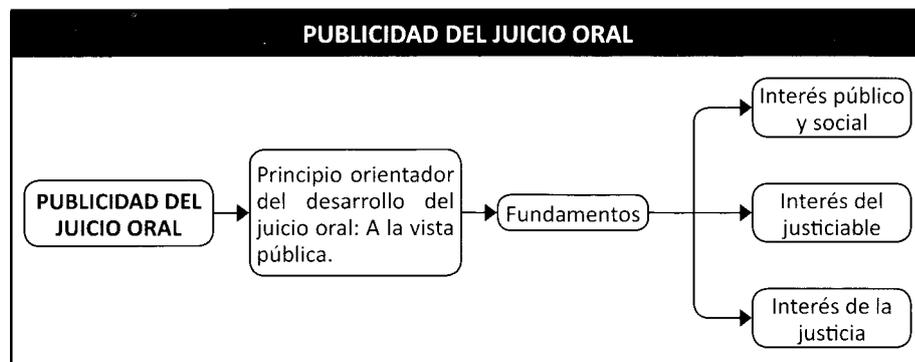
salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”. Artículo 8, inciso 5 de la Convención de Costa Rica; Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el sistema Interamericano, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, 1997, p. 29.

5 MIXÁN MASS, Florencio. *Juicio Oral*. Ediciones BGL. Trujillo, 1996, p. 78.



Chocano Núñez, a su vez, expresa que “es una garantía que consiste en que las declaraciones del testigo son realizadas en presencia de cualquier ciudadano que concurra a los despachos judiciales, o que son conocidas por cualquier persona o que son accesibles a todas las personas sean o no parte en el proceso”⁶.

La publicidad del juicio oral constituye, a nuestro entender, un principio fundamental y orientador de la forma en que se debe desarrollar el mismo; esto es, a la vista pública, en bien del justiciable y de la labor de impartición de justicia que realizan los magistrados.



III. FUNDAMENTO

La publicidad del proceso, entendido este como juicio oral, se aprecia, modernamente, como derecho e, inclusive, como garantía, no solo del inculgado sino de la sociedad toda.

Ahora bien, atendiendo a la historia, lo cierto es que originalmente se estimó que la ejecución pública del proceso dificulta tanto la arbitrariedad y el abuso como la corrupción⁷.

Romero Tequexle lo sostiene así: “El juicio oral debe ser público, porque el pueblo, asiento de la soberanía y mandante originario de los actos de gobierno, tiene la facultad de juzgar al juzgador. De esta manera, el juzgador tendrá mucho cuidado de que sus actos se ajusten a lo dispuesto por la ley.

6 CHOCANO NÚÑEZ, Percy. *Teoría de la Prueba*. Idemsa, Lima, 1997, p. 222.

7 Lejana aparece la época (1764) en que Beccaría daba un golpe certero a las acusaciones secretas al preguntar “¿Cuáles son los motivos con que se justifican las acusaciones y las pruebas secretas?”. BECCARÍA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Orbis S.A., Buenos Aires, 1984, p. 57.

Con razón Mirabeau, el gran orador de la Revolución Francesa dijo: “Dadme el juez que queráis, corrompido, mi mayor enemigo si os place, con tal de que no pueda verificar acto alguno sin la garantía de publicidad”⁸.

De lo dicho se desprende que la publicidad legitimará a la justicia, en tanto favorece su desenvolvimiento y generará respeto hacia aquella.

1. Interés público y social

En relación al interés público se ha referido: “En el juicio oral, la publicidad va mas allá de los actos y de los sujetos procesales, es plena y consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y de vigilar que el mismo se desarrolle con eficiencia y honestidad”⁹.

En el mismo sentido se pronunció Giovanni Leone, citado por Gálvez Villegas: “(...) la publicidad consiste en garantizar al público la libertad de presenciar el desarrollo del debate y, en consecuencia, de controlar la marcha de él y la justicia de la decisión misma”¹⁰. Por lo tanto, es de advertirse que previene tanto la arbitrariedad como la corrupción.

Respecto de esta publicidad, a favor de la colectividad, Montero Aroca señala que es la única y verdadera publicidad, refiriendo que, modernamente, debe hacerse efectiva respecto de los medios de comunicación social¹¹. Y son precisamente, hoy por hoy, los medios de comunicación los que pueden colocar ciertos procesos, como temas de primer orden, en el interés de las personas, prestando así un servicio positivo a la sociedad (dependiendo de la forma en que lo hacen).

Sobre este tema explica Ana Cecilia Calderón que: “En doctrina se hace referencia a una publicidad inmediata o activa, cuando el público asiste físicamente a la audiencia, lo que implica un juicio “de puertas abiertas”; y la publicidad mediata o pasiva, cuando el conocimiento sobre el proceso llega al público a través de los medios de comunicación”¹².

-
- 8 ROMERO TEQUEXLE, Gregorio; El juicio oral en materia penal; [http://www.ujat.mx/publicaciones/perfiles/ene_abril2006/Pag. 55 a 70.pdf](http://www.ujat.mx/publicaciones/perfiles/ene_abril2006/Pag.55%20a%2070.pdf)
- 9 CÁCERES J., Roberto E. *Código procesal Penal comentado*. Jurista Editores. Lima, 2005, p. 406.
- 10 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A. y otros. *El Código Procesal Penal*. Jurista Editores. Lima, 2008, p. 718.
- 11 MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1977, pp. 68-69.
- 12 CALDERÓN SUMARRIVA, Ana Cecilia; *Análisis integral del Nuevo Código Procesal Penal*. Egacal. Lima, 2006, p. 160.



El hecho que se conozca y difunda que los juicios orales son públicos deviene a generar un interés especial en la ciudadanía por seguir los juicios, el mismo que se extinguiría, si ello no estuviera permitido, luego de conocer los ilícitos que despiertan un primigenio interés conforme al modo de producirse o a los involucrados en el mismo.

Así es que Marianella Ledesma indica, también, que los elementos espectaculares que prometen ciertos casos determinan la atracción del público hacia los juicios orales, tal como los casos de Lori Berenzon y Vladimiro Montesinos¹³.

En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene también como fundamento, para efectuar restricciones, razones de moralidad que también ha tratado el Tribunal Supremo¹⁴.

2. Interés del justiciable

Desde el punto de vista del acusado por el Ministerio Público, bien se ha recalcado lo principal de la protección de su interés: "(...) el interés del imputado, en cuanto asegura un proceso equitativo y la posibilidad cierta de ejercer su derecho de defensa; y, al mismo tiempo, porque previene la arbitrariedad del juzgador"¹⁵.

La publicidad es advertida como garantía para el imputado¹⁶. Por ello se dijo: "(...) en su origen, vinculado al liberalismo político, la publicidad procesal era concebida, exclusivamente, como instrumento de garantía a favor del inculpado, que le protegía contra la arbitrariedad de una justicia secreta"¹⁷.

Esto se vincula con el ejercicio de la prueba, donde debe irse clarificando o su inocencia o sus responsabilidades y, por ello, se recalca que es en el "momento recepticio (de la prueba) donde se manifiesta la exigencia de publicidad de los debates(...)"¹⁸.

13 LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Art. cit., p. 502.

14 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Penal*. Ramón Areces S.A., Madrid, 1977, p. 507.

15 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 242.

16 "El Ministerio Público en la América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal Moderno". Ilanud, San José, 1991, p. 57.

17 LÓPEZ ORTEGA, Juan José. "La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia". En: internet, <http://www.csj.gob.sv/Doctrina.nsf/c604967e3cafc-55306256d480060259e/c53361453>.

18 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 307.



3. Interés de la justicia

Algo cierto es que un principio como la publicidad se corresponde con los principios y valores del Estado de Derecho, por ello se dice: "(...) en tanto función pública, el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra sujeto a las exigencias de los principios de transparencia y publicidad, toda vez que los mismos resultan esenciales a este modelo de Estado"¹⁹.

En este sentido, Mixán Mass expresa que: "El correcto ejercicio del principio de publicidad permite a la colectividad formarse un criterio propio sobre la manera y la calidad de la "administración de justicia penal"²⁰.

Así también, se ha referido "la publicidad profundiza la legitimidad del propio sistema de administración de justicia, en cuanto aumenta la confianza del público en sus funcionarios al ver la forma en que estos se desempeñan"²¹. Así, con Binder, citado por Calderón Sumarriva, podría decirse que la publicidad: "(...) permite transmitir un mensaje a la sociedad respecto a la vigencia de los valores que fundamentan la convivencia"²².

Finalmente, en relación a la justicia, se destaca la importancia que la publicidad puede tener para la declaración del testigo, por considerarse que en público le será mas difícil mentir y si quisiera actuar en contrario, aparece, como amenaza, la publicidad que lo cubriría de vergüenza²³.

En parecidos términos, Whanda Fernández, citando a Bentham, considera que la publicidad resulta determinando, para bien, la conducta de los jueces²⁴.

19 PEREIRA CHUMBE, Roberto Carlos. "La prohibición de censura previa y la prohibición judicial de hacer declaraciones públicas sobre el proceso penal". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 152. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, p. 42.

20 MIXÁN MASS. Ob. cit., p. 81.

21 HORVITZ. Ob. cit., pp. 242-243.

22 CALDERÓN SUMARRIVA. Ob. cit., p. 160.

23 CHOCANO NÚÑEZ. Ob. cit., p. 222.

24 "Un juez, ante una audiencia numerosa, se atreverá menos a dejarse llevar por su impaciencia, por su humor, por ese despotismo de conducta que intimida a abogados y testigos (...). Se conducirá ante los ojos del público con una dignidad sin altivez y mantendrá un sistema de igualdad sin bajeza (...). Los espectadores serán otros tantos testigos interesados que observarán todos sus pasos y pesan todas sus palabras. ¿Cómo atreverse a cualquier tergiversación en campo abierto? Aunque llevase la injusticia en el corazón, sería justo a pesar suyo, por estar en una posición en la que no puede hacer nada sin suministrar pruebas en contra de sí mismo". FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda, *Procedimiento penal acusatorio y oral*. Volumen II, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá DC - 2006, p. 62.

IV. NATURALEZA

La publicidad en nuestra novísima norma adjetiva aparece como derecho (artículo 1, inciso 2) exigible por el justiciable que resulte siendo llevado al juicio oral (acusado).

Por otro lado, la publicidad también está registrada como principio²⁵ que rige en el juicio oral de modo especial (artículo 356 inciso 1).

Finalmente, la misma norma se refiere, implícitamente, a la publicidad, como garantía, cuando en la primera parte del artículo 356, inciso 1, se remite a las garantías procesales contenidas en la Constitución (artículo 139 inciso 4) y los Tratados de Derecho Internacional de Derechos Humanos, aprobados y ratificados por el Perú.

Además, se alude a la publicidad como garantía (artículo 358 inciso 1) cuando aquella motiva a las condiciones materiales que se deben dar para permitir el ingreso del público.

Por lo referido, podemos concluir que la publicidad se erige en principio orientador, derecho material y alta garantía constitucional y de Derecho Internacional de los Derechos Humanos²⁶.

Así es que, para quienes no son parte ni personas directamente vinculadas a las partes, la posibilidad de presenciar el juicio oral debe entenderse como un derecho, siendo ello denominado por Clariá, como publicidad para terceros²⁷; mientras que, para el justiciable, que el juicio sea público, es una garantía; y, para el juez unipersonal o colegiado, constituye un principio orientador de sus desenvolvimientos procedimentales y decisiones discrecionales.

V. PRESUPUESTOS

La publicidad, requiere condiciones para que se pueda cumplir, por lo que pasa a tomar relevancia el lugar de la audiencia, el cual debe po-

25 Fuentes Soriano, Olga; *El Modelo acusatorio y el Ministerio Público*, artículo en el Nuevo Proceso Penal, Víctor Cubas Villanueva y otros, Palestra Editores, Lima – 2005, p. 145.

26 En España también subsiste que se le presenta como principio y garantía. Ver RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 317.

27 CLARIÁ OLMEDO, Ob. cit., p. 166; “La publicidad para terceros, vale decir extendida a un número indeterminado de personas distintas de los sujetos del proceso y sus auxiliares tiene vigencia plena en los momentos fundamentales del periodo de juicio: debate y pronunciamiento de la sentencia. Se la impone introduciendo al público como un verdadero elemento del proceso, conminando con nulidad la inobservancia a la regla”. También le denominan “publicidad popular”.

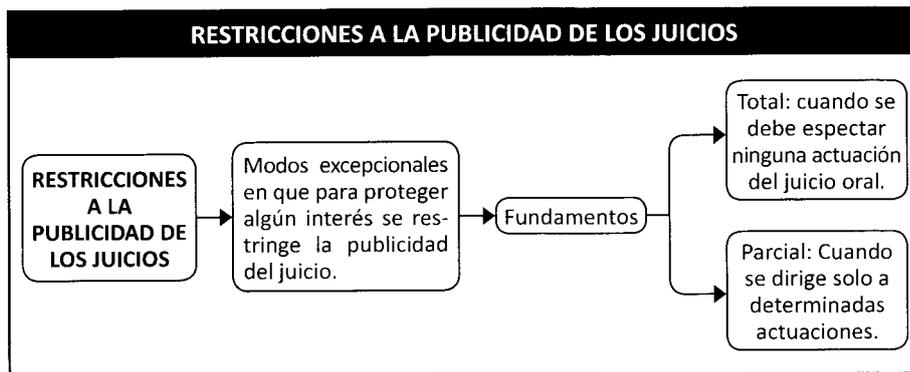
seer un área a la que puedan acceder fácilmente las personas que lo deseen. Por ello es que la norma explica: “Se cumple con la garantía de publicidad con la creación de las condiciones apropiadas para que el público y la prensa puedan ingresar a presenciar la audiencia” (artículo 358, Inciso 1).

Se aprecia que, respecto a garantizar la publicidad hay una corresponsabilidad entre el juez, que debe garantizar el pleno ejercicio de la defensa (artículo 363, inciso 1) y el Órgano de Gobierno Poder Judicial; haciéndose evidente lo último, cuando se menciona el caso de los juzgamientos con presos preventivos que se realizarán en establecimientos penales (artículo 368 inciso 3).

Asimismo, debe existir publicidad respecto a las audiencias, debiéndose hacer conocer sus partes y temas, de modo que se pueda averiguar y llegar allí donde exista interés. Esto se relaciona con la forma de publicar y exhibir las fechas en las cuales se desarrollarán las audiencias, para lo cual se colocan periódicos murales o avisos públicos.

Resulta evidente que, para el normal desarrollo de la audiencia y para que surta efectos positivos su publicidad, se requiere que aquella se lleve de manera ordenada y con el debido respeto de las reglas con que debe funcionar, para que todos puedan espectar y escuchar las incidencias.

Por esto último, como presupuesto o condición para prevenir cualquier incidente y preservar el orden es que se prohíbe el ingreso al recinto de la audiencia de cualquier persona que porte arma de fuego u otro medio idóneo para agredir o perturbar el orden. Igualmente se prohíbe el ingreso de niños menores de 12 años, personas en estado de ebriedad, drogadicción o de quien sufre grave anomalía síquica (artículo 358 inciso 2).



VI. RESTRICCIONES

Las restricciones a la publicidad vienen a ser los modos excepcionales en que, por razones de protección de algún interés, sea de orden personal o público, se restringe la publicidad del juicio oral, sosteniéndose, por ello, que la publicidad no es absoluta²⁸. En la práctica se habla de dos tipos de restricciones: totales o parciales²⁹.

Se aprecia que la norma aparece, en lo fundamental, consagrando una facultad para el juez, puesto que indica que la restricción podrá realizarla “aún de oficio”, implicando que ello también le podrá ser solicitado.

Resulta lógico que, en tales casos, se concede discrecionalidad al juez (artículo 364 inciso 5) quien en los hechos deberá “aterrizar” nociones tan genéricas y subjetivas como el pudor y amplias como el orden público. Esto último será imprescindible, porque la norma exige que la restricción se dé a partir de un “auto especialmente motivado”.

1. Total

La restricción se dará en términos totales, cuando no se deba esperar ninguna actuación del juicio oral, de que se trate.

Esto obviamente tendría que ver con algo que requiere un tratamiento sumamente especial, tal como puede ser la comisión de un delito de violación de un menor de edad o un caso que involucre información vinculada a la seguridad nacional.

2. Parcial

La restricción será parcial cuando se dirige a determinadas actuaciones probatorias que podrían afectar al justiciable, sin afectar a todo el juicio oral.

La norma refiere la temporalidad, cuando expresa que desaparecida la causa que motivó la privacidad del juicio se permitirá el reingreso del público (artículo 357 inciso 3).

El caso referido podría ser, por ejemplo, cuando uno de los testigos del hecho fuera un menor y aquel se pudiera ver perturbado por el público, respecto de lo que debe relatar, por lo que, en interés de la justicia, podría efectuarse su interrogatorio de modo restringido, en cuanto pu-

28 Calderón Sumarriva. Ob. cit., p. 161.

29 Ver MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal argentino*. Editores del Puerto. Buenos Aires, 1999, p. 662. CLARIÁ OLMEDO. Ob. cit., p. 166.



blicidad. Tal decisión, por lo demás, en el caso del niño, posee respaldo a nivel de la respectiva Convención de las Naciones Unidas³⁰.

3. Juicios siempre públicos

Por encima de las excepcionales restricciones a la publicidad de los juicios orales, que nuestra norma adjetiva ha reservado, atendiendo a razonables necesidades de interés público o humanitario, en los casos concretos, también se han considerado casos de juicios que siempre se llevarán de modo público.

Así es que en el NCPP se han establecido tres casos, que vienen a ser los siguientes: juicios sobre funcionarios públicos, sobre delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución (artículo 357 inciso 4).

Lo mencionado es coherente con el mandato constitucional que resulta más claro, cuando en el artículo 139 inciso 4 ordena: “Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la constitución son siempre públicos”.

4. Afectaciones

Si bien es cierto que la publicidad, como hemos visto, constituye un instrumental inapreciable para diversos fines, lo cierto es que, también, puede colisionar, en algunos casos, con derechos particulares y objetos que reclaman protección u otros intereses jurídicamente relevantes³¹, siendo, por ello, que los códigos procesales registran restricciones a la publicidad.

Esto mismo ha sido previsto en el NCPP y se han establecido algunos casos concretos que deben funcionar como *númerus clausus* y se les puede clasificar en razón de lo protegido.

30 Derechos de los niños y niñas; Normas Internacionales, Consejo de Coordinación Judicial, Lima, 1997. Así en el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se lee: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, (...) una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” y en el 16.1 se lee “Ningún niño 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 a su reputación”.

31 CALDERÓN SUMARRIVA, Ob. cit., p. 161.



Aseverando la necesidad de limitar la publicidad, se ha apreciado que, de modo común, la publicidad de cierta información del imputado, como pueden ser los datos que se refieren a la personalidad del mismo, a su situación financiera, a su grado de integración social y otros, devienen luego a dificultar la resocialización del mismo³².

4.1. Al participante

En este caso, la norma pretende proteger a los directamente involucrados en los hechos, comprendiéndose, en primer lugar, a la víctima; pero, podría aparecer involucrando esta protección al mismo inculpado o a los testigos³³.

4.1.1. Pudor

Puede comprenderse, sin mayor dificultad, que es del interés de las agraviadas y los agraviados por delitos contra la libertad sexual, que no se realice un juicio oral público, para evitar su propio maltrato.

Asimismo, podemos comprender que algunas personas que actuarían rindiendo testimonio en juicio, contra un violador, tampoco desearán que se realice con publicidad, si lo que tuvieran que ofrecer como testimonio fueran: manoseos a su persona, acosamientos, intentos de violación o igualmente violaciones, que dieran cuenta de la personalidad del acusado.

Por otro lado, la persona procesada por homicidio o lesiones graves, que presenta como explicación las circunstancias de maltratos físicos, intento de violación, para con ella misma, o un ser querido, igualmente merece que se respete la condición de su pudor.

32 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. "Una reforma necesaria para acompañar al nuevo Código Penal: el juicio oral en dos fases". En: *Cuadernos de política criminal*, Universidad Complutense de Madrid, Edemsa, Madrid, 2001, p. 163. Esto último engrana de algún modo con el tema del uso de la publicidad como inocuización, que se desprende en dos líneas: la primera vinculada a la antigua infamia, en tanto pérdida del buen nombre y reputación y la segunda, que deviene a la reinserción por vergüenza. Ver HERRERA MORENO, Myriam; "El uso punitivo de la publicidad inocuizadora". Líneas comparadas de política criminal y naturaleza e implicaciones de Derecho Penal. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Centro de estudios Superiores de Especialidades Jurídicas; N° 82, Madrid, 2004, p. 89 y ss. y de ella misma. *Publicidad y Control Penal, Nuevas estrategias inocuizadoras en la post modernidad penal*; Grijley, Lima, 2002.

33 ESPITIA GARZÓN, Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Penal, sistema acusatorio*. Ibáñez. Bogotá D.C., 2005, p. 84.



Además, el tema del pudor debe ser manejado con cuidado y discrecionalidad, pues bien se ha referido: “Los filósofos personalistas aclaran más estas cuestiones pues consideran que el pudor es una característica de la persona. Cada hombre comprueba en su interior como hay cosas, no solo materiales sino también espirituales (pensamientos, deseos, etc.) que no quiere que salgan al público. Tenemos una intimidad que nos pertenece y que no entregamos a cualquiera; o al menos no entregamos a cualquiera sin hacernos violencia. Este sentimiento se llama coloquialmente vergüenza y se refiere como se ha dicho antes, no solo a hechos externos sino también a estados interiores”³⁴.

4.1.2. Vida privada

Igualmente, una persona en la situación de agraviada o inculpado podría ver que la curiosidad pública se acercaría a husmear en su vida privada, lo cual podría afectarle.

Puede ser el caso de ilícitos que hayan tenido como detonantes o que se acerquen necesariamente a ventilar hechos incómodos (caso que revele la existencia de amantes o de actos sádicos y masoquistas) que despiertan morbosa curiosidad.

Juan Morales Godo expresa que si bien entre nosotros se ha acogido el término derecho a la intimidad, por el de vida privada, ambos se usan como sinónimos; sin embargo, el concepto vida privada es más comprensivo e intimidad es más restrictivo, así como se refiere a lo más reservado³⁵.

4.1.3. Integridad física

En algunos casos, sobre todo, de delitos contra la vida y delitos contra la libertad sexual, donde el agraviado haya sido una persona querida o una menor de edad, respectivamente, y los hechos hubieran revelado crueldad o sadismo, rectores de la población, podrían pretender hacer justicia por propia mano.

Ahora bien, lo cierto es que en el juicio oral tendrá que hablarse de los hechos y se tendrá que hacer descripciones y hurgar en detalles, todo lo cual podría remover los sentimientos y despertar la ira, motivando a

34 SÁNCHEZ DE LA NIETA, Aria. “¿Qué sentido tiene el pudor?”. En: <http://www.conelpapa.com/sexo/pud.htm>.

35 MORALES GODO, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Grijley, Lima, 1995, p. 108 y ss.



la agresión (peor aún si el autor demuestra frialdad, cinismo o ningún arrepentimiento o hasta usa como coartada alguna provocación).

Lo cierto es que en tales circunstancias por prevención debe restringirse la publicidad, en protección de las diversas personas que actúan en el juicio oral.

4.2. Intereses

La norma también posibilita que se hagan restricciones a partir de que pudieran afectarse intereses relevantes, vinculados a valores más amplios o trascendentes. Las medidas pueden darse para remediar una situación producida o para prevenir su producción.

4.2.1. De la justicia

El Estado posee el interés de que se realice la justicia del mejor modo posible y puede ocurrir que para tal objeto se presenten obstáculos.

Así podría ocurrir que a la justicia le interesara preservar la forma de investigación policial de adquisición de pruebas en determinados delitos, por ejemplo, evitando la difusión y que se revelen datos respecto de la remesa de dinero controlada o el agente encubierto.

En este entendimiento, la misma Convención Americana registra la posibilidad de que en interés de la justicia se restrinja la publicidad del juicio³⁶.

4.2.2. Secreto particular, comercial o industrial

Podría ser que el caso de que se trate involucraría hablar o exponer temas que desearían tenerse en secreto, como podría, por ejemplo, ser determinada paternidad o situación económica o datos de persona protegida por la ley.

Igualmente, el caso podría vincularse al secreto comercial³⁷ o industrial³⁸ cuya revelación podría causar un grave perjuicio (se perdería el valor económico del mismo) o la revelación indebida podría ser punible.

36 Ob. cit., p. 29. Ello aparece en el artículo 8, inciso 5.

37 Los secretos comerciales pueden concernir a invenciones o procesos de fabricación, unos que pueden ser protegidos por patentes y otros no; pero, se trata de algo que posee gran valor para el empresario y/o la empresa que lo posee y que los competidores de esta quisieran conocer.

38 Con relación al secreto industrial, hay materias cuyo mantenimiento en secreto es la mejor vía de explotar en exclusiva una tecnología o conocimiento, en algunos casos la única.



4.2.3. De la audiencia

Es el caso de que se produzcan inusualmente manifestaciones en el público asistente de una índole tal que turben el regular desarrollo de la audiencia.

Ello mismo podría consistir en una constante desaprobación (murmullo, palabras críticas, etc.) para las respuestas o del acusado o del agraviado, de tal modo que se advirtiera una presión contra el juez o colegiado para desestimar cualquiera de las declaraciones mencionadas, a pesar de las advertencias efectuadas.

4.3. Afectaciones públicas graves

En este caso se trata de proteger intereses más globales, que pueden abarcar al interés nacional, inclusive; pero, la norma no se refiere a cualquier afectación de grado indefinido, sino que requiere que ello se pueda calificar como una grave afectación.

4.3.1. Orden público

El que exista esta norma faculta a que se pueda restringir la publicidad, resultando sumamente útil, pues en casos en que el acusado, pudiera buscar apoyo externo (alteración del orden, para presionar en su favor) motivaría a renunciar a ello, en procura de la garantía (publicidad).

Lo cierto es que sí puede ocurrir que, en algunas circunstancias, se pretenda presionar con desorden y "usar" las incidencias procesales; en prevención de ello, la norma resulta sumamente útil y buena.

Aquí el orden público se refiere, dentro del recinto de la Sala de Audiencias, al respeto que se debe guardar a las reglas establecidas para el desarrollo del debate, que se consideran de orden público en relación a la majestad de la justicia y para llevar a buen fin los fines del proceso.

4.3.2. Seguridad nacional

Obvio es que delitos vinculados a la seguridad nacional, determinarán que se restrinja la publicidad de modo total, lo cual comprensiblemente

También debe advertirse que la Ley General de Industrias, Ley N° 23407, registra que la industria se vincula, en algunos casos a la defensa nacional (artículo 47), por lo que es dable una doble protección, en casos concretos.



podría ocurrir en un delito de espionaje o que involucrara al personal de inteligencia³⁹.

Asimismo, se tendría que tomar la misma previsión en casos que involucraran, por ejemplo, la compraventa de armas de última generación y otros hechos que tendrían que superarse en su momento (conflicto normativo con artículo 357 inciso 4, si involucrara funcionarios públicos).

Por lo demás, lo cierto es que existe en los funcionarios públicos la exigencia de tratar siempre de garantizar la seguridad nacional, coherente ello con la obligación que para todo ciudadano destaca la Constitución (artículo 163).

4.4. Previsiones legales

Se ha dejado la posibilidad de que se pueda restringir la publicidad de algún proceso penal, cuando ello se requiera, conforme a cualquier norma específica.

VII. CONDICIONES

Para que se puedan justificar y, mas aún, legitimar las restricciones a la publicidad del juicio oral, aparecen las condiciones en la norma; sin embargo, en España, el Tribunal Constitucional⁴⁰ ha desarrollado una doctrina sobre ello, de una manera aprovechable, también, para nosotros en cuanto se tocan cuatro elementos:

1. Legalidad

La causal que motiva la restricción de la publicidad debe estar legalmente establecida, lo que nos remite a la norma que comentamos y a la que se remite a leyes particulares.

Aquí de lo que se trata es de la previsión legal que debe realizarse en la norma y que debe satisfacer una necesidad real, puesto que a pesar de que se requiriera la restricción, si no tuviera respaldo legal no podría restringirse el que es un derecho humano.

39 Ver la Ley N° 27479, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), donde se refiere que el trabajo de tal institución se vincula a la Seguridad y Defensa Nacionales (artículos 2, 9 y 16), conforme a la idea de que las actividades del SINA, tienen la más alta clasificación de seguridad (artículo 13).

40 HORVITZ LENNON. Ob. cit., pp. 248-249.

El mandato alude a que por discrecionalidad del juez o del colegiado, no se podrán crear casos en que se restrinja la publicidad.

2. Motivación

La restricción debe estar debidamente motivada en la resolución que acuerda ello, lo que supone que la motivación no debe ni estar ausente ni ser defectuosa⁴¹.

Esto resulta claro, puesto que al restringir la garantía tienen que existir motivos concretos y se tienen que decir cuáles, de modo que se evite la arbitrariedad en este tema.

Fundamentar la decisión supone acatar el mandato del inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, lo que importa que el juez deberá justificar su decisión, sin que ello suponga expresarse a través de una gran extensión de fundamentos, tal como ha expresado en varias sentencias el Tribunal Constitucional (STC N° 1230-2002-HC/TC; STC N° 1313-2005-HC/TC).

3. Proporcionalidad

La medida tomada debe ajustarse efectivamente a los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto; deben presentarse y ser compulsados, no debiendo olvidarse que lo que se restringirá es un derecho constitucional y humano.

Ello supone que no podría restringirse la publicidad por un motivo realmente menor, susceptible de ser solucionado de otro modo, y, a su vez, el principio de proporcionalidad, por su concepción, permite el establecimiento de distintos grados de intensidad en la restricción que se puede efectuar.

Aparece claro que deben evitarse los excesos, tal como se sabe que ocurrieron en Alemania, bajo el manto de la noción de la "dignidad del Tribunal"⁴².

41 La motivación defectuosa es la aparente (ausencia de razonabilidad y fundamentos), la insuficiente (ausencia de apreciación respecto de la necesidad de la medida) y defectuosa (presencia de contradicciones y/o vacíos o elementos impertinentes). ANGULO ARANA, Pedro. Ob. cit., p. 237 y ss.

42 Se consideró expulsar a una abogada, porque se había presentado con las uñas pintadas de rojo y no se dejó ingresar a un fiscal sin saco. BAUMANN, JÜRGEN; *Derecho Procesal Penal; conceptos fundamentales y principios procesales*; Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 112.



4. Coherencia de finalidad

La restricción ha de tener como finalidad concreta lo que se asume como causa de la misma y no otro tema por relevante que sea. En España se ha referido: "Atinencia estricta a los términos de la autorización judicial habilitantes de la limitación"⁴³.

VIII. RESTRICCIONES COMPLEMENTARIAS

Vienen a constituir un conjunto adicional de restricciones que el juzgado podrá disponer de modo individual o concurrente, con estricta sujeción al criterio de proporcionalidad (artículo 357 inciso 2).

Lo último quiere decir que será establecida, cuando ello sea estrictamente necesario y deberá, además, fundamentarse debidamente ello.

1. Prohibición de acceso o salida de personas

Estas restricciones pretenden proteger el orden y el decoro de la audiencia y, por ende, se dirige a personas concretas, conforme a sus antecedentes (en juicio oral) o lo que se conociera de manera pública y se pudiera anticipar, respecto de sus reacciones.

Con tal motivo, el juzgador está facultado a prohibir el acceso al recinto de la audiencia u ordenar la salida de quien asume una conducta atentatoria a los bienes protegidos.

2. Reducir el acceso u ordenar salidas

El juzgador, se entiende que para fines de preservar el orden, aparece facultado a reducir el acceso del público a un número determinado de personas que, obviamente, será más fácil de controlar.

Asimismo, los jueces aparecen también facultados para ordenar la salida de determinadas personas, para poder efectuar más fácilmente la práctica de pruebas específicas. Tal puede ser el caso de actuaciones de testigos que hubieran sido objeto de presiones por familiares del acusado.

3. Prohibición de instrumentos reproductores

En protección de los intereses de la justicia y/o del derecho de las partes, el juzgador puede prohibir el ingreso de personas con cámaras fo-

43 DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. Ob. cit., p. 507.

tográficas, filmadoras, grabadoras o cualquier otro medio de reproducción mecánica o electrónica de imágenes, sonidos, voces o similares⁴⁴.

Así, por ejemplo, los celulares que pueden fotografiar, también podrán ser objeto de restricción. Esto se vincula con algunos efectos nocivos que tienen tales medios al registrar a las personas y facilitar luego su posible identificación y seguimientos.

Por lo menos, cuando el proceso se está efectuando, reproducirlo en los medios resulta perjudicial, en cuanto puede devenir en desorientar respecto de lo principal⁴⁵ y/o en tergiversar los testimonios, alterando su espontaneidad, promoviendo una indeseable “preparación” de los testigos⁴⁶.

44 En Estados Unidos, donde tradicionalmente estuvo prohibido, ello está variando. “En 1977, Florida fue el primer estado que permitió la cobertura televisiva. En la actualidad, 47 estados permiten el ingreso de la cámara de TV a diversas clases de audiencias judiciales y regulan su intervención a través de reglas específicas. En Illinois, curiosamente, se admite la presencia de la prensa televisiva en las audiencias ante los tribunales de alzada (*Courts of Appeals*), pero no en las audiencias de tribunales de juicio (*Trial Courts*). Las distintas regulaciones estatales incluyen, en general, disposiciones sobre equipo técnico, iluminación, cantidad de público, tipo de cámara, ubicación de las personas y movimientos dentro de las salas de audiencias. El sistema federal, por el contrario, no permite el ingreso de las cámaras de televisión a las salas de debates”. FERNÁNDEZ LEÓN, Whanda; Ob. cit., p. 63.

45 La problemática de los enfoques de los procesos radica en que los medios de comunicación son empresas que buscan la utilidad a través de las ventas, como ha expresado Federico Salazar Bustamante en una última entrevista de “Alerta Informativa”, Órgano Informativo del Instituto de Ciencia Procesal Penal, lo cual deviene a que las cámaras alteren las cosas que pasan a través de ellas, generando “espectáculos” y destacando lo que “levanta” la noticia y la hace vendible, como se vio que aconteció en el caso de Vladimiro Montesinos Torres y Jacqueline Beltrán, donde solo se destacaban los temas que hacían “novelas”, denigrando el proceso, convirtiéndolo en temas superfluos, como las marcas de los vestidos y zapatos que lucían, los gestos, miradas y signos. Y otro tema, que expresa, igualmente, el entrevistado es que el periodismo toma la posición del juez, porque aquel no restablece la justicia, lo que importa (el gran problema) que el periodismo trata temas para restablecer la justicia, considerándose juez de jueces.

46 Esto se ha visto claramente en el caso en que es procesado el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, en que testigos como Martín Rivas o Salazar Monroe resultaron declarando contra lo que dijeron testigos anteriores a ellos, de un modo muy estudiado y se apreció, mas aún, en la declaración última de Vladimiro Montesinos Torres, siendo lo común que todos estos testigos se refirieron a los anteriores testigos que deseaban desacreditar, atacando lo que les habían escuchado decir a través de la televisión.



Entre nosotros hay criterios que consideran negativa la transmisión, pues se dice que "(...) la carga emocional con que suelen rodearse las declaraciones y los excesos verbales resultarían ofensivos para las buenas costumbres (...)" y también se sostiene que "surge la posibilidad de que la prensa se erija en un medio de presión psicológica sobre los partícipes del proceso"⁴⁷.

Lo último ha quedado grafiado y expresado por el Tribunal Constitucional en un caso bastante mediático, en la Sentencia Exp. N° 1317-2008-PHC/TC y ello, a pesar de que los medios no ingresaron a los juzgados y, por ello, no pudieron utilizar las argumentaciones expresadas en aquellos⁴⁸.

IX. VARIACIONES DE MEDIDAS

Conforme a la entidad de las restricciones y a que estas responden a temas concretos que las justifican, en un momento dado; pero, que también podrían modificarse o suprimirse en el tiempo, la norma ha facultado al juez a modificar las restricciones o dejarlas sin efecto.

47 LEDESMA. Artículo cit., pp. 502 y 503. Ver sobre este tema Gavaldá, J.; J.M. Bernardo, N. Pellisser, Editores; Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

48 Ver la parte final de la Sentencia Exp. N° 1317-2008-PAC/TC, punto 49, en que el colegiado valientemente expresa y deplora la presión que se imprimió en su contra, tratándose de direccionar su pronunciamiento final. Así expresa: "Asimismo, el Tribunal Constitucional no puede dejar de evidenciar ante la opinión pública la presión mediática a la que quisieron someterlo, por cuanto intereses expresados a través de ellos pretendían sustituir el "juicio de los jueces" por el "juicio de la prensa" con la intención de afectar una decisión que solo se debe fundar en la Constitución y en la libre conciencia de los jueces"; seguidamente el Tribunal Constitucional agrega: "Así, el día de la audiencia pública en que se celebró la vista de la causa apareció un reportaje desfavorable a los demandantes en la revista *Caretas*, cuya carátula fue mostrada ante las cámaras por la hija de la emplazada. El día 29 de mayo del 2008, otra vez, la misma revista publicó una entrevista "desde un restaurante en la Panamericana Sur" con Don Felipe Tudela y Barreda y, al mismo tiempo, colgó en su portal electrónico un video con partes de dicha entrevista. Al día siguiente, el diario *La Primera* monta una supuesta historia de presiones e influencias con la intención de sembrar dudas sobre la imparcialidad de este Colegiado"; y, finalmente concluye: "Frente a estos hechos, el Tribunal Constitucional reafirma su total independencia e imparcialidad para resolver las controversias constitucionales. Por ello, exhorta a los medios periodísticos a informar objetivamente aún desde su particular y legítima posición, por cuanto proceder en sentido contrario afecta gravemente la ética periodística y el derecho del ciudadano a recibir una información veraz".

1. Reingreso de personas

Si hubiera desaparecido la causa que motivó la privacidad del juicio, se podrá permitir el reingreso del público. Asimismo, el juez, a partir de su experiencia, podría calificar que en el futuro no se repetirán las acciones que motivaron su decisión o sí lo harán.

2. Deber de secreto

El juez aparece facultado, asimismo, para imponer a los participantes en, el juicio, el deber de guardar secreto sobre los hechos que presenciaron o conocerán con motivo del juicio oral.

Obvio es que tal obligación, no podría imponerla a todo el público, sino a los partícipes, respecto de los cuales podrá controlar el cumplimiento de ello. Ello sería aplicable en los casos que se ventilaran temas que involucraran secretos comerciales o industriales.

3. La sentencia

La norma ha explicitado la obligación de que, al margen de las restricciones estudiadas, la dación de la sentencia será siempre pública; sin embargo, comprende un caso especial eximido de ello y tal será cuando lo exija el interés de los menores, lo que parece referirse al interés superior del niño. En Alemania sucede lo mismo por considerarse que el joven debe estar protegido contra la curiosidad.

X. CONCLUSIONES

1. La publicidad del nuevo juicio oral, conforme al NCPP, constituye una garantía valiosa para quien está sometido al juicio oral y, asimismo, un derecho para la colectividad.
2. La publicidad es igualmente un principio que orienta el desempeño de los jueces y los colegiados que tienen a su cargo el juicio oral, quienes deben proceder tratando de preservarla.
3. La publicidad no debe olvidarse que, en los juicios orales, constituye un derecho constitucional y, también, un derecho humano presente en Tratados Internacionales.
4. En algunos casos concretos, la preservación de bienes, objetos o intereses relevantes motivan a efectuar restricciones al ejercicio de la publicidad del juicio oral.
5. Así es que la publicidad del juicio oral no constituye un derecho absoluto que subordine todos los demás, sino que en una objetiva pondera-



ción de intereses, podrá quedar subordinado a otros, de mayor peso y valor, en el caso concreto.

- 6 La víctima o agraviado, los menores y los testigos y peritos pueden merecer que se restrinja la publicidad, por temerse presiones, amenazas, represalias o agresiones físicas.
- 7 Otras restricciones buscarán amenguar la injerencia negativa del periodismo y de los medios de comunicación que tienden a distorsionar las temáticas que se tratan por el criterio empresarial que les moviliza.
- 8 Igualmente, no se puede negar que un ejercicio periodístico bien llevado, aprovechando la publicidad, contribuye a interesar a los ciudadanos en la marcha de su justicia, propiciando cambios positivos en pro de los justiciables.

Artículo 359. Concurrencia del Juez y de las partes

- 1. El juicio se realizará con la presencia ininterrumpida de los jueces, el fiscal y de las demás partes, salvo lo dispuesto en los numerales siguientes.**
- 2. Cuando el Juzgado es colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros siendo de prever que su ausencia será prolongada o que le ha surgido un impedimento, será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio; a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. La licencia, jubilación o goce de vacaciones de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia.**
- 3. El acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del Juez. En caso de serle otorgado el permiso, será representado por su defensor.**
- 4. Si el acusado que ha prestado su declaración en el juicio o cuando le correspondiere se acoge al derecho al silencio, deja de asistir a la audiencia, ésta continuará sin su presencia y será representado por su defensor. Si su presencia resultare necesaria para practicar algún acto procesal, será conducido compulsivamente. También se le hará comparecer cuando se produjere la ampliación de la acusación. La incomparecencia del citado acusado no perjudicará a los demás acusados presentes.**
- 5. Cuando el defensor del acusado, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres audiencias no consecutivas, sin perjuicio de que, en ambos casos, a la segunda sesión se disponga la intervención de un abogado defensor de oficio, se le excluirá de la defensa. El abogado defensor de oficio continuará en la defensa hasta que el acusado nombre otro defensor.**
- 6. Cuando el Fiscal, injustificadamente, se ausente de la audiencia o no concurra a dos sesiones consecutivas o a tres sesiones no consecutivas, se le excluirá del juicio y se requerirá al Fiscal jerárquicamente superior en grado designe a su reemplazo.**
- 7. Cuando el actor civil o el tercero civil no concurra a la audiencia o a las sucesivas sesiones del juicio, éste proseguirá sin su concurrencia, sin perjuicio que puedan ser emplazados a comparecer para declarar. Si la incomparecencia es del actor civil, se tendrá por abandonada su constitución en parte.**



COMENTARIO:

LA INCOMPARECENCIA DEL ACUSADO EN EL JUICIO ORAL

LUIS LAMAS PUCCIO*

I. PREFACIO

Se trata de un proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República a principios de mes de noviembre del presente año, y que generó entre los diferentes sectores vinculados con la administración de justicia penal por razones atendibles una serie de críticas con fundamentos de distinta naturaleza, de manera muy particular, en lo referente a las posibilidades de que una persona que está siendo juzgada a nivel de juicio oral se ausente (se emplea el término "alejamiento") de la sala o recinto penal en donde se realizan las audiencias, argumentándose para tales fines la existencia de "razones justificadas", refiriéndose por lo menos al nivel de la exposición de motivos a una sola causal, como es el caso de enfermedad de la que padecería el acusado.

II. INTRODUCCIÓN

Una de las etapas más importantes del proceso penal es el llamado juicio oral, en razón a que es en este momento del juicio penal en donde se dan las posibilidades más claras en términos racionales y procesales de confrontar la consistencia de una acusación fiscal, con los argumentos de defensa que puede esgrimir un acusado en relación a la inocencia o márgenes de responsabilidad que le puede asistir en relación a la acusación que plantea un fiscal.

Se trata de una propuesta sistemática en materia procesal que involucra los principios que caracterizan a un juicio justo, y de la otra parte, las garantías de las que debe gozar todo enjuiciamiento en relación a la probanza de una imputación determinada. El reconocimiento de las llamadas garantías procesales, obedece en buena medida a lo que se ha llamado "constitucionalización" de los principios procesales penales¹. Así por ejemplo, "al considerar

* Abogado, con Maestría en Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asesor Internacional en materia de criminalidad económica y legitimación de capitales.

1 MONTERO ROCA, J. y otros. *Derecho jurisdiccional*. Tirant lo Blanch. Tomo I. Valencia, 1998, pág. 318. En la misma línea, afirma TAVOLARI que "ha dado a luz un movimiento de constitucionalización, esto es, de elevación a los estratos superiores del ordenamiento jurídico de los valores del individuo que, comprobado insuficiente, originó el desarrollo de un proceso de internacionalización de la protección de estos valores". TAVOLARI. Ob. cit., pág. 557.



como garantía el “derecho a un juicio oral y público” no estamos haciendo más que elevar a rango constitucional los principios de oralidad y publicidad, excluyendo a sus antítesis teóricas (escrituración, secreto, etc.) como alternativas válidas para la consolidación de un Estado de derecho².

En ese sentido, como lo señala Sosa-Ardite, siguiendo a Clariá Olmedo y mencionados por San Martín, “la característica principal del sistema procesal, que tiene como fin la búsqueda de la verdad real, hace que resulte necesario e indispensable que se reciban en forma inmediata, directa y simultánea todas las pruebas que van a dar fundamento a la discusión y a la posterior sentencia”³.

III. IMPORTANCIA DEL JUICIO ORAL

Así tenemos que el juicio oral es la fase procesal que cumple con esos requisitos que no son otra cosa que los principios de oficialidad, de investigación oficial y aportación de parte, acusatorio, de legalidad y oportunidad. Es esta fase, que se desarrolla a través de las sesiones, la que sin duda se convierte en el periodo fundamental del proceso penal, dado que está destinada al aporte de pruebas y a la producción de los informes de los defensores, tanto de la sociedad (Ministerio Público) como privados (imputado o acusado y parte civil o tercero civil), frente al órgano jurisdiccional.

Como lo señala Binder, “el juicio oral es la discusión de la prueba reunida en el proceso, que se lleva a cabo en forma acusatoria y en la que rigen los principios de contradicción, publicidad, oralidad, intermediación y continuidad. En tanto, que es allí donde se resuelve de modo definitivo el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal, el mismo que no puede ser sino solo el centro del proceso penal”⁴. En otras palabras, el juicio oral, constituye en realidad un juicio positivo sobre una acusación formal por parte de un órgano representativo de naturaleza social e institucional, es decir, el derecho y el reconocimiento de acusar, de modo que un juez viene obligado a sus-

Referida la presente cita por HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo 1. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares y etapas de la investigación. Editorial Jurídica de Chile 2002, pág. 34.

2 Ibid., pág. 25.

3 SOSA ARDITI, Enrique y FERNÁNDEZ, José. Juicio oral en el proceso penal. Astrea. Buenos Aires, 1994. Pág. 39. Mencionados por SAN MARTÍN CASTRO, César. En “Derecho Procesal Penal”. Volumen I. Editora Jurídica Grijley. Segunda edición. Lima, pág. 637.

4 BINDER Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc. Buenos Aires, 1993, pág. 233.



tanciar todo el proceso y a pronunciarse sobre la imposición de una pena en relación con los hechos deducidos por las respectivas acusaciones⁵.

El juicio oral es, en realidad, un acto formal en el que se confluyen una serie de principios que se encuentran regulados no solo por la ley de la materia sino por los principios rectores que se encuentran en la Constitución Política. Hablamos del método dialéctico en función a las leyes y principios lógicos, que no son otra cosa que proposiciones, aporte de pruebas y discusión de las cuestiones a decidir, de manera tal que se manifiesta en toda su amplitud el contenido del proceso⁶.

Como lo reitera una vez más San Martín, “es, pues, una reunión concentrada de las actividades de las partes, del juez o tribunal y de los órganos de prueba, tendentes a reproducir todo lo importante que se ha recolectado en el proceso, y a agregar los nuevos elementos –objetivos y subjetivos, fácticos y jurídicos–, que darán o podrán dar fundamento al fallo definitivo”⁷.

Es, en estas condiciones, que el juicio oral se presenta como el mecanismo más idóneo y apto para lograr la reproducción lógica de los hechos que son objeto de una acusación; como el más eficiente para descubrir la verdad; como el más idóneo para que el juez forme un correcto y maduro convencimiento; como el más capaz de excluir el arbitrio judicial y dar a las partes la oportunidad para defender sus intereses; como el que permite el control público de los actos judiciales, que es fuente de rectitud, de ilustración y garantía de justicia; como el que mejor responde a las exigencias constitucionales⁸.

IV. PROYECTO DE SIMPLIFICACIÓN DEL JUICIO ORAL EN MATERIA DE INASISTENCIA DEL ACUSADO

1. Fundamentos del proyecto

Varias son las razones que en principio se señalan y que justificarían que el acusado se pusiera ausente del juicio oral, una vez que se encuentra participando en el mismo, sin que con ello, conforme al contenido del

5 MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, pág. 351.
6 CLARÍA OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Ediar. Buenos Aires, 1967, pág. 232.
7 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 639.
8 VELEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho Procesal Penal*. Marcos Lerner-Editora Córdoba, 1986. Tomo I. Pág. 420. Mencionado por SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 639.



mismo proyecto, implique en alguna medida paralizar o detener o quebrar la marcha del proceso en sí mismo en esta etapa. Se señala, en la parte expositiva del proyecto, en principio “que el objetivo de introducir algunas modificaciones al Código de Procedimientos Penales es hasta que culmine la implementación progresiva del Código Procesal Penal procurando la corrección y adaptación, de un lado, de las reglas de la actuación probatoria y, de otro, de las normas que regulan la deliberación y la formulación de la sentencia. Ambas constituyen de un juzgamiento equilibrado, célere y, esencialmente, receptivo a que las partes puedan coherentemente sus planteamientos, y la sala penal pueda con mejor fortuna la sentencia, superando viejos formalismos insustanciales (...)”⁹.

Sobre este aspecto, el proyecto de ley recoge en gran medida –por no decir en su totalidad– lo ya señalado por el Código Procesal Penal, en tanto lo que persigue es introducir esta modificación de naturaleza sustancial, sin que con ello, se esté menoscabando, como lo señala Horvitz Lennon “la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el juicio, a fin de asegurar que la sentencia se funde en la prueba y las alegaciones efectuadas en el curso de la audiencia, sin posibilidad alguna de mediación o delegación por parte del tribunal”¹⁰. En ese sentido, lo que estaría planteando el proyecto es solo la implementación práctica de una formulación procesal que aparece como tal en un Código de procedimientos que está en práctica en una parte del territorio nacional, y que de cumplirse con lo programado, entrará progresivamente en vigencia en otros lugares o jurisdicciones territoriales.

2. Cambios funcionales en el proceso

Asimismo, señala el proyecto en su exposición de motivos que no solo se trata de referirse a normas procesales extranjeras, “sino buscar funcionales a la meta del esclarecimiento del proceso penal que responda a las necesidades actuales del país. Un límite esencial ha sido, de un lado, el respeto a las bases mismas del modelo mixto del viejo Código de Procedimientos Penales, modernizándolo; y, de otro lado, la prudencia de las modificaciones sin alterar la estructura orgánica de la justicia penal, y su costo cero para el Fisco”¹¹.

9 Exposición de motivos. Proyecto de ley.

10 HORVITZ LENNON, Maería Inés y LÓPEZ MASIE, Julián. *Derecho Procesal chileno*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 2004, pág. 236.

11 Exposición de motivos. Ob. cit.



Si lo vemos, desde la perspectiva de la implementación y consolidación progresiva del nuevo Código Procesal Penal, lo que se persigue es que sus distintas innovaciones, sean implementadas dependiendo de las necesidades más apremiantes que requiere nuestro sistema procesal. No puede negarse los importantes desafíos, no solo para la distribución del trabajo en las salas en donde se implementa el nuevo Código Procesal Penal, sino también en la realización y organización de las audiencias.

Como lo establece, el mismo Baytelman, "en efecto, como se ha comprobado en una de las pocas investigaciones sobre la implementación de la reforma que se han efectuado hasta la fecha, muchas audiencias fracasan por falta de concurrencia de un actor principal. Y dicho fenómeno se debe en gran medida a una cierta incapacidad de todos los actores del nuevo sistema para absorber un flujo de causas de cierta exigencia, circunstancias que se traducen en atrasos en la realización de las audiencias programadas en las agencias programadas, en la duración excesiva de las mismas y, en general, en la falta de eficiencia en la gestión del flujo de audiencias y en su realización. Estos problemas de "rodaje" deben ser considerados a la hora de evaluar la conducta de los respectivos actores"¹².

V. LA PRESCINDENCIA DEL ACUSADO

Actualmente, el proceso penal vigente presenta dificultades y problemas de distinto orden, que han hecho que el proceso en sí mismo no sea expeditivo y rápido como se pensaba en un comienzo, y por el contrario, sea objeto de dilaciones innecesarias por parte del acusado que conlleva a que los juicios duren demasiado tiempo, con el costo y los perjuicios que ello significa para los justiciables, para el sistema de administración de justicia saturado y para el fisco nacional.

Al respecto, cabe señalar que actualmente conforme al procedimiento penal que está vigente, y que data del año de 1940, el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales señala que ante la inasistencia del acusado y que es considerado indispensable por el tribunal, se suspende inmediatamente el proceso y se toma las medidas que sean necesarias para su prosecución¹³.

12 HORVITZ LENNON. Ob. cit., pág. 238.

13 Artículo 266 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo N° 126 del 15 de junio de 1981, que señala "que si a una audiencia dejar de concurrir (...), el acusado (...), su defensor o un testigo cuya declaración, a juicio del tribunal, se considera indispensable, la suspenderá inmediatamente tomándose las medidas que juzgue necesarias para su prosecución".

Solo en casos de enfermedad comprobada del acusado en términos de verificación médico-legales y que no le permita su recuperación o reincorporación al plenario, la audiencia podrá continuar con la asistencia de su defensor, siempre y cuando existan de por medio otros acusados en el mismo juicio oral. En este último caso, si la audiencia se encuentra en estado de sentencia y hasta ese momento no se ha reincorporado el acusado, el proceso debe reservársele, a menos que la sentencia sea absolutoria¹⁴. En atención al principio de incoercibilidad del imputado, este debe comparecer acompañado de su abogado. En nuestro sistema procesal se exige la presencia del imputado durante el desarrollo de todo del debate. No se permite su representación por mandatario.

El proyecto de ley propuesto, en la parte que corresponde al tema tratado, propone un cambio sustancial. Como lo señala la misma exposición de motivos “permite sobre todo en los juicios dilatados que los acusados se puedan ausentar, con permiso de la Sala de Audiencias, sin que ello implique detener la marcha del juicio oral. Así, una vez que el imputado escuchó los cargos y respondió a los mismos o afirmó su derecho al silencio, es posible que se autorice su alejamiento de la Sala de Audiencias, siempre ‘por razones justificadas’, que incluyen enfermedad sobrevenida. Se trata pues, de una norma flexible que otorga un prudente arbitrio a la Sala de juzgamiento. La defensa y representación del imputado se garantiza con la necesaria presencia de su abogado defensor”¹⁵.

En realidad, no se trata de un proyecto novedoso sino, por el contrario, recoge lo que ya estaba establecido en el nuevo Código Procesal Penal del año 2004¹⁶. En efecto, en su artículo 359 del código mencionado y de reciente promulgación (concurrencia del juez y de las partes en la etapa del juzgamiento), en su inciso tercero, se establece “que el acusado no podrá alejarse de la audiencia sin permiso del juez. En caso, de serle otorgado el permiso, será representado por su abogado”¹⁷.

Acto seguido, se señala “que si el acusado que ha prestado su declaración en el juicio o cuando le correspondiere se acoge al derecho de silencio, deja de asistir a la audiencia esta continuará sin su presencia y será representado por su defensor. Si su presencia resultare necesaria para practicar algún acto procesal, será conducido compulsivamente. También se le hará compa-

14 SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 655.

15 Exposición de Motivos. Ob. cit.

16 Decreto Legislativo N° 957 (29 de julio de 2004). Código Procesal Penal.

17 Artículo 234 del Código Procesal Penal, inciso tercero.



recer cuando se produjere la ampliación de la acusación. La incomparecencia del citado acusado no perjudicará a los demás acusados presentes”¹⁸.

La razón de continuar el proceso oral, aun sin la presencia del acusado, radica en que en muchos casos su inasistencia es motivada por razones de salud. Como lo señala la misma norma, se requiere “razones justificadas” para ausentarse, siempre que haya escuchado de forma previa la formulación de los cargos que existen contra él por parte del representante del Ministerio Público en su acusación respectiva.

En cuanto a las “razones justificadas” para poder ausentarse del proceso, aunque el proyecto no las refiere, se trata de razones de enfermedad que hacen imposible continuar con su presencia en el juicio. Sin embargo, lo más importante es que una situación de esta naturaleza, no impide que el proceso continúe como actualmente acontece cuando se suscita una ausencia de esta naturaleza, siempre que el acusado esté representado por su defensor a lo largo de todo el proceso y las audiencias. Es así, que la ausencia o incomparecencia del citado acusado, no perjudica a los demás procesados y el proceso puede continuar por sus cauces normales.

En realidad, si analizamos en términos estrictamente objetivos y no políticos el proyecto legislativo, sobre todo en consideración a la coyuntura actual, el proyecto en relación a la inasistencia del acusado a la continuación del juicio oral, por lo menos como está planteado y conforme a las exigencias que señala y se requiere (que haya habido apertura de la audiencia, una vez escuchado por el acusado la formulación de los cargos que existen contra él, que se encuentre de por medio “razones justificadas” y verificadas sobre su estado de salud, que en efecto impiden que continúe estando presente en las audiencias venideras y siempre que se encuentre de por medio una autorización o permiso para tales efectos), no hay razones que justifiquen que el proceso no pueda continuar, con todos los perjuicios que se genera cuando en el proceso actual se presenta una situación de esta naturaleza.

18 Ibíd. Inciso cuarto.

**Artículo 360. Continuidad, suspensión e interrupción del juicio**

1. *Instalada la audiencia, ésta seguirá en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. Si no fuere posible realizar el debate en un solo día, éste continuará durante los días consecutivos que fueran necesarios hasta su conclusión.*
2. *La audiencia sólo podrá suspenderse:*
 - a) *Por razones de enfermedad del Juez, del Fiscal o del imputado o su defensor;*
 - b) *Por razones de fuerza mayor o caso fortuito; y,*
 - c) *Cuando este Código lo disponga.*
3. *La suspensión del juicio oral no podrá exceder de ocho días hábiles. Superado el impedimento, la audiencia continuará, previa citación por el medio más rápido, al día siguiente, siempre que éste no dure más del plazo fijado inicialmente. Cuando la suspensión dure más de ese plazo, se producirá la interrupción del debate y se dejará sin efecto el juicio, sin perjuicio de señalarse nueva fecha para su realización.*
4. *Si en la misma localidad se halla enfermo un testigo o un perito cuyo examen se considera de trascendental importancia, el Juzgado puede suspender la audiencia para constituirse en su domicilio o centro de salud, y examinarlo. A esta declaración concurrirán el Juzgado y las partes. Las declaraciones, en esos casos, se tomarán literalmente, sin perjuicio de filmarse o grabarse. De ser posible, el Juzgado utilizará el método de videoconferencia.*
5. *Entre sesiones, o durante el plazo de suspensión, no podrán realizarse otros juicios, siempre que las características de la nueva causa lo permitan.*

Artículo 361. Oralidad y registro

1. *La audiencia se realiza oralmente, pero se documenta en acta. El acta contendrá una síntesis de lo actuado en ella y será firmada por el Juez o Juez presidente y el secretario. Los Jueces, el Fiscal, y la defensa de las partes pueden hacer constar las observaciones al acta que estimen convenientes. Asimismo, la audiencia podrá registrarse mediante un medio técnico, según el Reglamento que al efecto dicte el órgano de gobierno del Poder Judicial.*
2. *El acta y, en su caso, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo. Rige a este efecto el artículo 121 del presente Código.*
3. *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.

4. *Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente. Se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar su registro en el acta.*

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 362. Incidentes

1. *Los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia serán tratados en un solo acto y se resolverán inmediatamente. En su discusión se concederá la palabra a las partes, por el tiempo que fije el Juez Penal, a fin de que se pronuncien sobre su mérito.*
2. *Las resoluciones que recaen sobre estos incidentes son recurribles sólo en los casos expresamente previstos en este Código.*

Artículo 363. Dirección del juicio

1. *El Juez Penal o el Juez Presidente del Juzgado Colegiado dirigirán el juicio y ordenará los actos necesarios para su desarrollo. Le corresponde garantizar el ejercicio pleno de la acusación y de la defensa de las partes. Está facultado para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos impertinentes o inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa. También lo está para limitar el uso de la palabra a las partes y a sus abogados, fijando límites igualitarios para todos ellos, de acuerdo a la naturaleza y complejidad del caso, o para interrumpir a quien hace uso manifiestamente abusivo de su facultad.*
2. *En los casos de Juzgados Colegiados, la dirección del juicio se turnará entre sus demás integrantes.*

Artículo 364. Poder disciplinario y discrecional

1. *El poder disciplinario permite al Juez mantener el orden y el respeto en la Sala de Audiencias, así como disponer la expulsión de aquél que perturbe el desarrollo del juicio, y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agrede a los Jueces o a cualquiera de las partes, sus abogados y los demás intervinientes en la causa, o impida la continuidad del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. En el caso que un acusado testigo o perito se retire o aleje de la audiencia sin permiso del Juez*

o del Juez presidente, se dispondrá que sea traído a la misma por la fuerza pública.

2. *El defensor de las partes podrá ser expulsado de la Sala de Audiencias, previo apercibimiento. En este caso será reemplazado por el que designe la parte dentro de veinticuatro horas o, en su defecto, por el de oficio.*
3. *Cuando la expulsión recaiga sobre el acusado se dictará la decisión apropiada que garantice su derecho de defensa, en atención a las circunstancias del caso. Tan pronto como se autorice la presencia del acusado, se le instruirá sobre el contenido esencial de aquello sobre lo que se haya actuado en su ausencia y se le dará la oportunidad de pronunciarse sobre esas actuaciones.*
4. *Cuando se conceda al acusado el derecho de exponer lo que estime conveniente a su defensa, limitará su exposición al tiempo que se le ha fijado. Si no cumple con las limitaciones precedentes se le podrá llamar la atención y requerirlo. En caso de incumplimiento podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponer se le desaloje de la Sala de Audiencias. En este último supuesto o cuando el acusado se muestre renuente a estar presente en la audiencia, la sentencia podrá leerse no estando presente el acusado, pero con la concurrencia obligatoria de su abogado defensor o el nombrado de oficio, sin perjuicio de notificársele posteriormente.*
5. *El poder discrecional permite al Juez resolver cuestiones no regladas que surjan en el juicio, cuya resolución es necesaria para su efectiva y debida continuación.*

Artículo 365. Delito en el juicio

Si durante el juicio se cometiera un delito perseguible de oficio, el Juez Penal ordenará levantar un acta con las indicaciones que correspondan y ordenará la detención del presunto culpable, a quien inmediatamente lo pondrá a disposición del Fiscal que corresponda, remitiéndosele copia de los antecedentes necesarios, a fin de que proceda conforme a Ley.

Artículo 366. Auxiliar Jurisdiccional

1. *El Auxiliar Jurisdiccional del Juzgado adoptará las acciones pertinentes para que se efectúen las notificaciones ordenadas y se encuentren en lugar adecuado los objetos o documentos cuya presentación en audiencia ha sido ordenada.*
2. *Igualmente, está obligado a realizar las coordinaciones para la asistencia puntual del Fiscal, de las partes y de sus abogados, así como para la comparecencia de los testigos, peritos, intérpretes y otros intervinientes citados por el Juzgado.*



3. *Corresponde además al Auxiliar Jurisdiccional del Juzgado la fe pública judicial, así como, a través del personal a su cargo, el control de la documentación y registros del Juzgado, el apoyo al Juzgado durante el Juicio y la responsabilidad de la confección y custodia de las actas del juicio y demás registros, incluso de los medios técnicos de reproducción y archivo, de conformidad con el Reglamento aprobado por el órgano de gobierno del Poder Judicial.*

TÍTULO II LA PREPARACIÓN DEL DEBATE

Artículo 367. Concurrencia del imputado y su defensor

1. *La audiencia no podrá realizarse sin la presencia del acusado y de su defensor.*
2. *La citación al imputado con domicilio conocido y procesal, será requerido para su concurrencia al juicio bajo apercibimiento de ser declarado contumaz.*
3. *Si es un solo acusado o siendo varios ninguno concurre a la apertura de la audiencia, sin justificar su inasistencia, se señalará nuevo día y hora, sin perjuicio de declararlos contumaces.*
4. *Cuando son varios los acusados, y alguno de ellos no concurra, la audiencia se iniciará con los asistentes, declarándose contumaces a los inconcurrentes sin justificación. Igual trato merecerá el acusado que injustificadamente deje de asistir a la audiencia.*
5. *En caso que el acusado ausente o contumaz sea capturado o se presente voluntariamente antes de que se cierre la actividad probatoria, se le incorporará a la audiencia, se le hará saber los cargos que se le atribuyen y se le informará concisamente de lo actuado hasta ese momento. A continuación, se le dará la oportunidad de declarar y de pronunciarse sobre las actuaciones del juicio, y se actuarán de ser el caso las pruebas compatibles con el estado del juicio.*
6. *El imputado preso preventivo, en todo el curso del juicio, comparecerá sin ligaduras ni prisiones, acompañado de los efectivos policiales para prevenir el riesgo de fuga o de violencia. En casos o ante circunstancias especialmente graves, y de acuerdo al Reglamento que, previa coordinación con el Ministerio del Interior, dicte el Órgano de Gobierno del Poder Judicial, podrán establecerse mecanismos o directivas de seguridad adecuadas a las circunstancias.*

Artículo 368. Lugar del Juzgamiento

1. *El Juzgamiento tendrá lugar en la Sala de Audiencias que designe el Juzgado Penal.*



2. *Cuando por razones de enfermedad u otra causal justificada sea imposible la concurrencia del acusado a la Sala de Audiencias, el juzgamiento podrá realizarse en todo o en parte en el lugar donde éste se encuentre, siempre que su estado de salud y las condiciones lo permitan.*
3. *El órgano de gobierno del Poder Judicial establecerá las causas con preso preventivo que se realizarán en los locales o sedes judiciales adyacentes o ubicados dentro de los establecimientos penales, garantizando siempre la publicidad del juicio y que existan las condiciones materiales para su realización.*

Artículo 369. Instalación de la audiencia

1. *La audiencia sólo podrá instalarse con la presencia obligatoria del Juez Penal o, en su caso, de los Jueces que integran el Juzgado Penal Colegiado, del Fiscal y, con las prevenciones fijadas en el artículo 366, del acusado y su defensor.*
2. *El Juez Penal verificará la correcta citación a las partes, así como la efectiva concurrencia de los testigos y peritos emplazados. La inasistencia de las demás partes y de los órganos de prueba citados no impide la instalación de la audiencia. El Auxiliar Jurisdiccional realizará las acciones conducentes a la efectiva concurrencia de estos últimos en la oportunidad que acuerde el Juez Penal.*

Artículo 370. Ubicación de las partes en la audiencia

1. *El Juez Penal tendrá a su frente al acusado; a su derecha, al Fiscal y al abogado de la parte civil; y, a su izquierda al abogado defensor del acusado.*
2. *Los testigos y peritos ocuparán un ambiente contiguo a la Sala de Audiencias. El Auxiliar Jurisdiccional tomará las medidas necesarias para que los testigos no puedan dialogar entre sí. Los testigos y peritos sólo serán introducidos a la Sala de Audiencias a medida que sean llamados para ser examinados.*

TÍTULO III

EL DESARROLLO DEL JUICIO

Artículo 371. Apertura del juicio y posición de las partes

1. *Instalada la audiencia, el Juez enunciará el número del proceso, la finalidad específica del juicio, el nombre y los demás datos completos de identidad personal del acusado, su situación jurídica, el delito objeto de acusación y el nombre del agraviado.*



2. *Acto seguido, el Fiscal expondrá resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente, en su orden, los abogados del actor civil y del tercero civil expondrán concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.*
3. *Culminados los alegatos preliminares, el Juez informará al acusado de sus derechos y le indicará que es libre de manifestarse sobre la acusación o de no declarar sobre los hechos. El acusado en cualquier estado del juicio podrá solicitar ser oído, con el fin de ampliar, aclarar o complementar sus afirmaciones o declarar si anteriormente se hubiera abstenido. Asimismo, el acusado en todo momento podrá comunicarse con su defensor, sin que por ello se paralice la audiencia, derecho que no podrá ejercer durante su declaración o antes de responder a las preguntas que se le formulen.*

Artículo 372. Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio

1. *El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.*
2. *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 cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.*
3. *Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.*
4. *Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos.*
5. *La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado, el Juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cual-*

quier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al Juez Penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el Juez Penal podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio.

COMENTARIO:

**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*

MARCO NORMATIVO:

- Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera, Ley N° 28122 (16/12/ 2003): pássim.
- Código Procesal Penal de 2004: artículo 372.
- Constitución Política: artículo 139 inc. 3.

Uno de los problemas más álgidos y difíciles de solucionar por los órganos encargados de la administración de justicia, sin duda alguna, lo constituye la carga procesal¹. Esta sobrecarga laboral con la que tienen que lidiar a diario los diversos operadores de justicia –léase jueces, fiscales, secretarios, etc.– encuentra su explicación en que cada año ingresan muchos más casos

* Fiscal Adjunto de la Segunda Fiscalía Superior Penal Nacional.

1 Una noticia reciente, propalada por diversos medios de comunicación, nos informa que "(...) La carga procesal en el Poder Judicial es de tres millones de expedientes anuales, cuyo índice de resolución es del 80 por ciento, reveló el gerente general de este poder del Estado, Hugo Suero Ludeña, durante una reunión regional para definir el proyecto de presupuesto institucional del 2006 (...)". (En http://www.rpp.com.pe/portada/politica/2859_1.php. Consulta efectuada el 5 de noviembre de 2007).



en el Poder Judicial; y, aún cuando el Consorcio Justicia Viva, a través de una investigación realizada por el economista Wilson Hernández Breña², sostenga que “(...) en relación a la carga procesal se ha tenido como verdades percepciones que, en realidad, son solo mitos. Mitos que, considerados en las políticas de reforma, no hacen sino esquivar una solución real al problema (...)”³, lo real y concreto es que el crecimiento de los índices delictivos y la falta de creación de nuevos juzgados, traen como consecuencia el incremento de los procesos en trámite, sin visos de solución a corto plazo⁴.

Lo descrito ha ocasionado que, en la actualidad, la justicia penal peruana esté atravesando por una crisis sin precedente alguno, la misma que, al parecer, no tiene visos de solución a corto plazo; y, lo peor es que esta situación se agrava con los índices de sobrepoblación penitenciaria y el clamor de la ciudadanía que no ve cubierta sus expectativas respecto de la obtención de justicia⁵.

Esta problemática, en palabras de Peña Cabrera y Frisancho Aparicio, “(...) ha producido un desencantamiento, desconfianza y descrédito en la ciudadanía producto de la lentitud, inoperancia e ineficacia de los tribunales de justicia ante la sobrecarga procesal que abruma su tarea de administrar justicia criminal (...)”⁶.

El mismo autor sostiene que el fenómeno de la sobrecriminalización revela, dentro del sistema de justicia penal, un problema de capacidad: la demanda crece sin cesar mientras la oferta se reduce⁷.

2 Publicación que lleva por título: “13 mitos sobre la carga procesal. Anotaciones y datos para la política judicial pendiente en la materia”.

3 En página web de Justicia Viva. http://www.justiciaviva.org.pe/noticias/2007/octubre/25/para_desmitificar.htm (Consulta realizada el 5 de noviembre de 2007).

4 Sobre este tópico, Gabriela Córdoba, nos dice: “(...) Actualmente asistimos a una eminente crisis de la justicia criminal, la inflación sufrida universalmente por el Derecho Penal y, como consecuencia de ello, la sobrecarga de trabajo de las autoridades encargadas de la persecución han afectado en forma esencial al Derecho Procesal Penal. En efecto, estas circunstancias han provocado una excesiva duración de los procedimientos penales y, en algunos casos, una complejidad extrema de ellos (...)”. Citada por PEÑA CABRERA Raúl F. y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Terminación anticipada del proceso: principio de oportunidad, colaboración eficaz y arrepentimiento*. Jurista Editores. Primera edición. Lima, Perú, octubre de 2003, p. 11.

5 Una frase de viejo cuño, nos dice que: “Justicia que tarda no es justicia”; otra, que pretende paliar esta óptica negativa, nos informa que: “La justicia tarda pero llega”. Sin embargo, el clamor popular exige solución inmediata a los conflictos o, en su defecto, la solución de los mismos dentro de un plazo razonable.

6 PEÑA CABRERA, Raul y FRISANCHO APARICIO, Manuel. Ob. cit., p. 11.

7 ídem., p. 11.



Ante este panorama crítico, el Estado ha procurado paliar el problema a través de una redefinición del rumbo político-criminal, y sobre la base de una corriente despenalizadora, flexibiliza el principio de legalidad y crea un marco legal propicio para introducir mecanismos de consenso o llamados también “Justicia Penal Negociada o Consensuada”, que importa instituciones de terminación anticipada propias del proceso civil, que se rige bajo el principio dispositivo. Se produce entonces una tendencia a la privatización de ciertos aspectos del Derecho Penal que significan una transformación en el marco de las categorías tradicionales del Derecho Penal⁸. De ese modo se produce una cierta declinación del principio acusatorio así como el desplazamiento de una verdad material a una verdad formal, a la cual se arriba mediante el consenso entre ambas partes intervinientes, iniciándose formalmente con la admisión de culpabilidad por parte del imputado y que puede finalizar en la obtención de una atenuación de la pena hasta su exención.

Al respecto, nos dice Herrera Velarde, que la negociación (conocida en los Estados Unidos como *plea bargaining*), “(...) es una de las figuras que por excelencia adquieren importante cabida dentro de un sistema adversarial (...) es una figura del modelo anglosajón que resulta manifestarse como la más conveniente para llevar un proceso rápido, justo y eficiente, buscando que la Administración de Justicia ocupe más recursos en los otros casos que no tienen acuerdo entre las partes. Las bondades de esta figura se aprecian desde varios puntos, así como lo señala José de los Santos Martín Ostos al sostener que existe un real beneficio para cada uno de los sujetos que se ven involucrados directa o indirectamente en la comisión de un delito, de este modo, para el acusado (ahorro económico, no coste psíquico y social del proceso, evita efectos secundarios, limita la discrecionalidad del Tribunal en la pena, obtiene con rapidez una pena más corta), para el Ministerio Público (mejor dedicación a otros asuntos), abogado (lo mismo, además de conseguir un buen acuerdo para su defendido), sociedad (ahorro económico, evita riesgo de la absolución de un culpable además de la resolución pronta y eficaz de un proceso, sin olvidar que la colaboración de un imputado puede servir para perseguir otros delitos) y, finalmente, para la propia Administración de Justicia (disminuye el volumen de asuntos en

8 La adopción de una justicia negociada ha meritado la transposición de mecanismos de consenso propios de la rama civil, una especie de superposición del Derecho privado sobre el Derecho Público, sin que aquello suponga una privatización de la justicia criminal, ya que aquello supondría socavar las garantías que emanan de la naturaleza eminentemente pública del Derecho penal como fruto del moderno Estado de Derecho.



los órganos judiciales a la par que goza del comentado beneficio social en particular) (...)”⁹.

Sin embargo, los mecanismos de consenso que forman parte de lo que se conoce como “Justicia Penal Negociada” han merecido críticas por parte de sus detractores, quienes sostienen que la admisión de culpabilidad implica una renuncia a la presunción de inocencia¹⁰ como garantía fundamental de un proceso penal regido por el modelo acusatorio, pues dentro del procedimiento prima un acuerdo que carece de las garantías procesales propias de un juicio oral público y contradictorio¹¹; en el mismo sentido, sostienen otros, que el principal obstáculo que podría enfrentar la negociación en materia procesal penal consiste en que, en el evento de un acuerdo, el implicado se declara culpable, lo que, en alguna forma, haría colegir la vulneración del derecho a no autoincriminarse¹², que si bien no se encuentra reconocido ex-

9 HERRERA VELARDE, Eduardo. ¿Estamos preparados para el sistema adversarial?. En: <http://www.estudiolines.com/news.php?n=24> (Consulta: 12 de diciembre de 2007).

10 Principio del que se desprende que el acusado no tiene por qué aportar prueba en su contra así como de autoincriminarse; sin embargo, ello no conduce a afirmar que él mismo no pueda contraargumentar la acusación y aportar las pruebas necesarias que demuestren su inocencia o la insuficiencia de pruebas por parte del ente acusador.

11 La contradicción infiere que las partes tengan oportunidad de ser oídas antes de la decisión jurisdiccional capaz de afectar sus intereses jurídicos y por consiguiente, la posibilidad de fiscalizar la actividad judicial o de la parte contraria, o de refutar los argumentos que le afecten. En otros términos, la posibilidad de hacer llegar ante el Juzgador la voz de sus razones, y posibilidad de fiscalizar el ingreso en el proceso de toda prueba o de toda argumentación que tienda a demostrar su culpabilidad (si es el imputado), o la falta de derecho para reclamar la indemnización que persigue (actor civil), o su responsabilidad civil (civilmente responsable).

12 Sobre este punto, merece comentario la posición adoptada por la Corte Suprema de los Estados Unidos; que aprovechando el caso de Robert M. Brady (quien al ser acusado de secuestro y ante la posibilidad de ser condenado a muerte, en la respectiva audiencia se declaró no culpable, pero después de enterarse que su copartícipe había confesado el crimen y estaba dispuesto a testificar, acordó con la Fiscalía declararse culpable a cambio de una pena que terminó siendo de treinta años de prisión; pero, posteriormente invocando la acción constitucional de hábeas corpus buscó remedio para su situación argumentando que se había declarado culpable en forma no voluntaria dado que lo hizo coaccionado por la presión indebida de su abogado), estableció que “el hecho de que una ley desalentara a los procesados de insistir en su inocencia y de demandar un juicio por jurado, no implicaba que todos los acusados que aceptaran su culpabilidad actuaban contrariando su voluntad. Dejó claro, eso sí, que una declaración de culpabilidad es un acto serio y solemne, que para ser aceptado requiere de cuidado y discernimiento; de ahí que un aspecto esencial de la declaración de culpabilidad sea que el procesado admita ante la corte competente que él cometió los delitos por los cuales se le acusa; él obra



presamente en la Carta de 1993, sí lo está en los tratados internacionales ratificados por el Perú¹³; además de ello, debe tenerse en cuenta que 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 Constitución¹⁴.



No obstante ello, aunque pudieran oponerse muchas alegaciones en contra de la confesión negociada, como lo grafica Richard Possner en su “Análisis Económico del Derecho”¹⁵, los beneficios señalados anteriormente se traducen objetivamente en una marcada inclinación a favor de utilizar este tipo de mecanismos para solucionar las controversias penales. Apoyados en

en tal ocasión como un testigo contra sí mismo. Puntualizó la corte que la renuncia a un derecho constitucional, como el derecho a un juicio, además de ser voluntaria, debe ser hecha en forma consciente con comprensión suficiente de las consecuencias relevantes en tal evento. Es igualmente imperativo que quien se declara culpable esté asistido por un abogado”. (MUÑOZ NEIRA, ORLANDO. Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos. Primera Edición. Legis Editores S.A. Colombia. 2006. pp. 212-213).

- 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, inciso 3, parágrafo g); Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, inciso 2, parágrafo g).
- 14 Así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional peruano en reiterada jurisprudencia. Así, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 9 de agosto de 2006 (Proceso de Inconstitucionalidad, Expediente N° 003-2005-PI/TC). Precisando, el Tribunal, en dicha Sentencia que “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)”.
- 15 POSSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica. México D.F, México. 2000. pp. 527-530; citado por Eduardo Herrera Velarde en su artículo ¿Estamos preparados para el sistema adversarial?

esta aseveración, pensamos que la negociación debe abrirse necesariamente paso como una de las manifestaciones esenciales del sistema adversarial, así como para convertirse en una adecuada manera de solucionar las controversias, logrando acercarse a la tan ansiada paz social y finalmente a la justicia.

Luego de esta especie de nota introductoria, y ya abordando el tema en sí, podemos señalar que en nuestro país, como un paliativo o alternativa de solución para la problemática descrita, con fecha 16 de diciembre de 2003, fue promulgada la Ley N° 28122 (Ley sobre conclusión anticipada de la instrucción en procesos por delitos de lesiones, hurto, robo y microcomercialización de droga, descubiertos en flagrancia con prueba suficiente o imputados sometidos a confesión sincera). Este dispositivo encuentra su núcleo fundamentador en la llamada justicia consensuada o negociada, o de justicia contratada, donde el acuerdo entre las partes, cada una optando libremente entre varios caminos, es central.

La referida ley posibilita a los jueces penales a adoptar criterios específicos en aquellos casos en los que es posible ahorrarse tiempo y recursos cuando concurren la flagrancia, la confesión sincera o prueba suficiente. Consideramos de suma importancia, la decisión adoptada por nuestros legisladores, máxime, si se tiene en cuenta que la agilidad durante los juicios es un elemento importante para el buen funcionamiento del sistema penal, lo cual sin duda genera mayores beneficios no solo a los litigantes, sino también a los inculpados.

Para los efectos de este artículo, me referiré al mecanismo de negociación establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28122¹⁶; dispositivo que faculta a los vocales de determinada sala superior, a dar por concluido el proceso del juicio oral si el imputado se acoge a la confesión sincera¹⁷; básicamente, abordaré el tema referido a la valoración de las pruebas por parte del colegiado. En este punto y previo a desarrollar el tema en sí, considero necesario establecer una diferenciación, precisando que en la etapa de instrucción, la Ley de Conclusión Anticipada se emplea en el juzgamiento de los delitos de

16 Supuesto en el que rige, básicamente el principio de consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral (Ejecutoria de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, su fecha 21 de setiembre de 2004).

17 En la etapa del juicio oral, una vez que el tribunal verifica la asistencia de las partes procesales, da por instalada la audiencia. En seguida, pide que el fiscal presente los cargos contra el encausado, y si este acepta ser el autor del delito y a la vez se acoge a la confesión sincera, la sala declarará la conclusión anticipada del debate oral y procederá a emitir sentencia.

lesiones, leves y graves; hurto, simple y agravado; robo y robo agravado y; microcomercialización o microproducción de drogas; mientras que durante el juicio oral se aplica a cualquier delito gracias al precedente vinculante, precisado en la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de fecha 21 de setiembre del año 2004¹⁸. Nos informa esta sentencia, que la citada ley, más allá de lo limitado y parcial de su denominación oficial, en puridad, comprende dos institutos procesales penales: la conclusión anticipada de la instrucción (artículos uno al cuatro) –a la que hace mención el título de la ley– y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (artículo cinco), que aun pese a estar ambas vinculadas al principio de celeridad o aceleramiento de la justicia penal se diferencian en que, en este último, supuesto, rige básicamente el principio del consenso, dado que la decisión del imputado y su defensa es determinante para dar inicio al procedimiento de conclusión anticipada del debate o juicio oral.

Es pertinente acotar que el Instituto de Conclusión Anticipada del Juicio se encuentra regulado, también, en el nuevo Código Procesal Penal (vigente a la fecha en los Distritos Judiciales de Huaura y La Libertad, conforme lo establecido por el Decreto Supremo N° 005-2007-JUS que modifica el Calendario Oficial de Aplicación Progresiva de dicho Código; dispositivo publicado el 5 de mayo de 2007), haciendo la atinencia de que el artículo 372 de este cuerpo normativo mantiene la base institucional de la Ley N° 28122 y “(...) si bien no le acuerda un nombre determinado el apartado 5) menciona expresamente el vocablo “conformidad” refiriéndose a esta institución. Por lo demás, la nueva norma desarrolla con más cuidado los supuestos de conformidad parcial –cuando el imputado y su defensa no están de acuerdo con la cuantía de la pena o de la reparación civil– y, a su vez, permite una posibilidad

18 Nos dice esta Ejecutoria en su tercer considerando: “(...) de suerte que el artículo cinco –precisamente por tratarse de una institución procesal autónoma y distinta de la anterior– no impone límite alguno en orden al delito objeto de acusación o a la complejidad del proceso ni remite su aplicación a las exigencias de los artículos uno y dos; que, asimismo, es de aclarar que cuando el artículo cinco hace mención a la “confesión sincera”, en rigor nos remite al numeral uno de dicha norma que por tal expresión, a estos solos efectos –aunque dogmáticamente cuestionable– entiende únicamente aceptar en ese trámite ser autor o partícipe del delito materia de la acusación y responsable de la reparación civil, de modo que en este caso tampoco cabe concordarlo necesariamente con el artículo ciento treinta y seis del Código de Procedimientos Penales o con el artículo uno, numeral tres, de la citada ley (...); para más adelante, en su sexto considerando, agregar: “(...) dado el carácter general de interpretación de los alcances del artículo cinco de la ley veintiocho mil ciento veintidós como Institución procesal penal aplicable a toda clase de delitos sujetos al proceso penal ordinario, (...)”.

transaccional entre fiscal e imputado respecto a la pena y la reparación civil, que es lo que se denomina “conformidad negociada(...)”¹⁹.

Como ya lo he señalado, el propósito de este artículo consiste en determinar si le está permitido o le está vedado al colegiado efectuar una valoración –o, si se quiere, valorización– de las pruebas acopiadas durante el transcurso del proceso de investigación, previas al juicio oral (las recopiladas por la policía en la investigación preliminar y las acopiadas por el juez o vocal instructor en la fase de instrucción); es decir, si la Sala Superior Penal, o la Sala Suprema Penal en determinados casos, pueden valorar dichas pruebas. Nace la interrogante a raíz de dos sentencias de la Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima que tuve ocasión de revisar.

La primera de ellas, del 18 de junio de 2007 que, en la parte que nos interesa (segundo y décimo considerandos), dice lo siguiente:

“(...) Segundo: Que, ante tales imputaciones, el procesado (...) se declaró culpable, acogiendo a la Terminación Anticipada del Debate Oral, para lo cual expresó su conformidad con los términos de la acusación fiscal; que consultado el señor Fiscal de tal acogimiento manifestó su conformidad (...) Décimo: (...) la sentencia condenatoria debe fundarse en suficientes elementos que acrediten de manera clara e indubitable la responsabilidad del acusado, por lo que a falta de tales requisitos procede la absolución, (...) no resultando óbice para tal decisión jurisdiccional el acogimiento del encausado Torres Rupay a la Conclusión Anticipada del Juzgamiento, dado que la misma para dar lugar a una sentencia condenatoria, requiere de la corroboración probatoria de los cargos aceptados, conforme lo exige el numeral ciento treintiséis del Código de Procedimientos Penales, el cual en la presente causa respecto del antes referido resulta negativo; máxime si la presunción de inocencia no se desvanece con la sola confesión o autoinculpación del procesado, ya que es necesario que el proceso se lleve a cabo la actuación de prueba material idónea que corrobore indubitablemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del acusado (...)”²⁰ (las negritas son nuestras).

19 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La Conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: http://www.pj.gob.pe/docinteres/2006/otros/CESAR_SAN_MARTIN_270406.pdf (Consulta: 12 de diciembre de 2007).

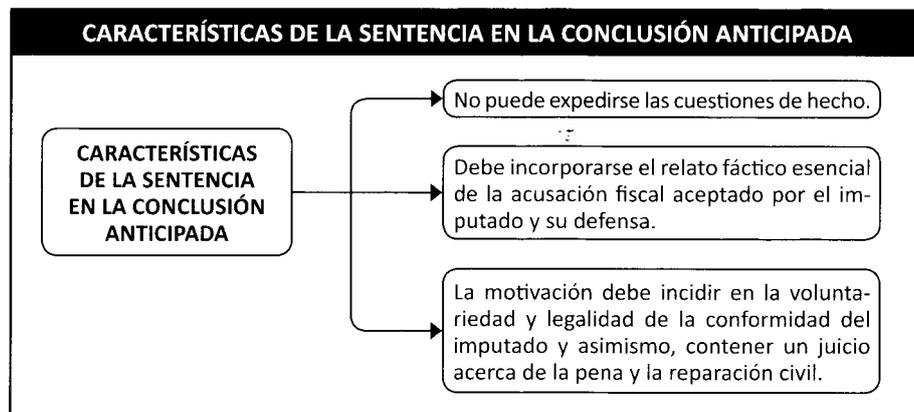
20 Sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 588-06, su fecha 18 de junio de 2007 (DD. Ponce de Mier).



La segunda sentencia, su fecha 18 de setiembre de 2007, señala en su segundo y tercer considerandos:

"(...) Segundo: (...) los procesados al ser exhortados por el señor Director de debates, al inicio de la audiencia pública, para que contesten con la verdad acerca de su responsabilidad en los hechos materia de imputación, han aceptado los cargos en su contra respecto a todos los extremos de la acusación escrita emitida por el Representante del Ministerio Público, por lo que se ordenó que se declare la Terminación Anticipada del Debate Oral conforme a los alcances de la Ley número veintiocho mil ciento veintidós; (...) Tercero: Que, si bien los acusados han aceptado la comisión del ilícito, sin embargo ello no releva al Colegiado de la valoración respectiva de las pruebas que corroboren su actuar criminal y responsabilidad penal en el evento delictivo puesto que la sola aceptación de los cargos por parte de los mismos no es suficiente para emitir una sentencia condenatoria. Frente a ello, se tiene que la actuación y responsabilidad de los acusados se encuentra corroborada con los siguientes elementos de prueba: (...)"²¹ (las negritas son nuestras).

En la primera de las sentencias que se citan, se falla absolviendo al encausado de los cargos formulados en su contra por delito de robo agravado; a su vez, en la segunda sentencia se condenó al acusado por el mismo delito en grado de tentativa; sin embargo, se le impuso una pena muy por debajo de la propuesta por el Ministerio Público.



21 Sentencia de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente número 467-05, su fecha 18 de setiembre de 2007 (DD. Vigo Zevallos).

Como es de verse, en ambas sentencias, el Tribunal efectúa una valoración de la prueba con la finalidad de –como reza textualmente la primera de las resoluciones– realizar la “corroboración probatoria de los cargos aceptados”.

Considero incorrecta la decisión del Órgano Jurisdiccional; toda vez que, de acuerdo a lo aceptado por la doctrina en forma pacífica, “(...) para que algo sea considerado como una Prueba valedera de cargo o de descargo sobre la culpabilidad o no del acusado, se requiere (...), que sea pedida, ordenada, practicada e incorporada en el juicio solamente y ante los Tribunales Penales, salvo las consideradas como pruebas urgentes o anticipos jurisdiccionales de prueba (...)”²² (las negritas son nuestras); es decir, que solo es prueba lo que se hace en juicio público y oral, salvo el caso, por ejemplo, de la prueba preconstituida, entre otros expresamente admitidos por la norma adjetiva. Por consiguiente, toda prueba que quebrante esta garantía, no tendrá validez alguna para fundamentar la acusación fiscal, menos para producir la convicción del Tribunal en la sentencia.

En el mismo sentido, nos dice Eugenio Florián: “(...) si se le considera dentro del proceso penal, la prueba se presenta por un doble aspecto fundamental, y así puede hablarse de ella, en un sentido amplio, para designar el concepto de lo que se comprueba en el juicio, y también en un sentido propio, restringido y específico, para indicar el concepto de lo que se comprueba en el juicio con medios idóneos de prueba procesalmente establecidos. Es bien sabido que la comprobación puede conseguirse en el juicio penal aun sin el auxilio de especiales medios probatorios (...)”²³ (las negritas son nuestras).

Entonces, al expedir la sentencia anticipada, no procede efectuar la valoración de las pruebas que, hasta el momento en que el acusado aceptó los cargos, se hubiesen acopiado, y, la razón de esto radica, precisamente, en los fundamentos teóricos que ya he expuesto; es decir, no habiéndose realizado el juicio como consecuencia de la aceptación de cargos, mal puede el juzgador efectuar una ponderación, valoración o corroboración de los hechos a través de las “pruebas” recogidas durante las actuaciones previas al juicio.

Sobre este aspecto, resulta conveniente traer a colación lo señalado en una Ejecutoria de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuando sostiene que “(...) La valoración de pruebas es una actividad que corresponde a la fase de

22 En: www.monografias.com (Consulta: 18 de diciembre de 2007).

23 FLORÍAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo I: De la Prueba en General. Cuarta reimpresión de la tercera edición. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2002, p. 45.



sentencia, luego del debate que, en el juicio, debe seguir a la sustentación de la pretensión punitiva (...)”²⁴. Nótese que la posición del Colegiado, coincide con la exposición doctrinaria arriba reseñada, es decir, que la valoración de la prueba se realizará una vez culminado el contradictorio (debate) en juicio público, que tiene por finalidad establecer si la pretensión punitiva del ente acusador (Ministerio Público) se encuentra debidamente probado; o, si en defecto de ello, los argumentos de defensa del encausado terminan por desvirtuar la tesis fiscal.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28122, producida la conformidad (aceptación de cargos), la sentencia se dictará en la misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad. Quiere esto decir que, cuando el órgano jurisdiccional se enfrente a la conformidad, tiene que partir de los hechos expuestos por el Ministerio Público en la formulación de cargos (lo que en la práctica se conoce, también, como “presentación de cargos”) como de la calificación que de ellos ha efectuado al formularlos (tipificación del delito que será materia de juicio); “(...) Y no puede ser de otra forma, señala Calvo Sánchez, puesto que al no haberse producido la práctica de la prueba la alteración de los hechos consensuados supondría una quiebra del principio acusatorio (...)”²⁵.

De otro lado, refiriéndonos específicamente a una de las sentencias citadas (la que concluye absolviendo al acusado), es pertinente acotar que, si de acuerdo a lo hasta aquí expuesto, el Tribunal se encuentra vinculado a los hechos que sustenta los cargos expuestos por el Ministerio Público y, que a su vez, han sido aceptados por el encausado al expresar su conformidad; mal puede concluir absolviéndolo de la acusación fiscal (como sucede en dicha sentencia), pues ello “(...) supone un desbordamiento inadmisibles de los principios inquisitivo y de oficialidad sobre una institución que precisamente se basa en los opuestos a ella, es decir, en el acusatorio y el dispositivo; además, habría que preguntarse en qué se puede fundar el Tribunal para apartarse de la calificación mutuamente aceptada, cuando los datos del sumario no constituyen prueba, salvo excepciones, y las del juicio oral no se practica en tal supuesto, y cuando faltan asimismo el debate final entre las partes y toda

24 Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Penal Especial (C.II – 19.a). Inc. 19 - 2006. Resolución N° 08, su fecha 2 de abril de 2007.

25 CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen. *Procedimiento abreviado: Lagunas y dificultades interpretativas*; citada por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. José María Bosch Editor, S.L. Primera edición. Barcelona, España. 1997. p. 178.



facultad judicial para ordenar diligencias de prueba por su cuenta (...)”²⁶. (las negritas son nuestras).

Mediante la conformidad, el imputado renuncia a la presunción de inocencia y a los derechos instrumentales de su defensa, tales como la celebración o, mejor dicho, continuación de un juicio con práctica de pruebas y debates, lo que importa una abreviación del procedimiento en interés de la economía procesal; radicando allí, precisamente, el sustento de mi posición (que el tribunal está vedado de efectuar una valoración de prueba en el acto de expedición de sentencia); pues, al no haberse practicado prueba en juicio público, no le es posible al Órgano Jurisdiccional controlar la suficiencia de pruebas de cargo, toda vez que “(...) la conformidad obvia esa exigencia al importar una renuncia a la presunción de inocencia, cuya legitimidad viene dada por la libre y consciente voluntad del acusado de hacerlo. Toda carencia de prueba queda colmada con el reconocimiento del imputado, advertido su derecho a no declararse culpable. Tal análisis del tribunal, enfatiza Moreno Catena, por muy pro reo que pueda ser, deja en entredicho la ulterior imparcialidad del tribunal; se produciría un prejuzgamiento, sin juicio oral contradictorio, que bien puede hacer temer a la acusación el fracaso de sus pretensiones o, al menos, la predisposición del juzgador para desestimarlas (...)”²⁷.

El profesor César San Martín nos dice que, al expedir la sentencia conformada, el tribunal debe observar lo siguiente²⁸:

- a) No cabe la expedición de cuestiones de hecho (pues, habiendo el imputado renunciado al derecho a realizar una actividad probatoria contradiciendo los hechos que integran la pretensión del acusador público, exonerándolo de la carga de probarlos en juicio, que precisamente es un ámbito de la presunción de inocencia, entonces, no es dable expresar un veredicto sobre los hechos que sólo tiene sentido cuando estos han sido materia de contradicción);
- b) En la sentencia debe incorporarse en sus rasgos esenciales, sin desnaturalizarlos, el relato fáctico descrito en la acusación fiscal y aceptado por el imputado y su defensa; y,

26 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto *El allanamiento en el proceso penal*. Citado por RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. Ob. cit., p. 188.

27 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. La conformidad o conclusión anticipada del debate oral. En: http://www.pj.gob.pe/docinteres/2006/otros/CESAR_SAN_MARTIN_270406.pdf (Consulta: 27 de diciembre de 2007).

28 Ídem.



- c) La motivación debe incidir en los ámbitos propios del control judicial de la conformidad: voluntariedad y legalidad de la conformidad –subsunción normativa–, así como debe contener un juicio sobre la medición de la pena y la reparación civil. No es pertinente que el tribunal desarrolle un juicio histórico, acompañándolo con las pruebas o actos de investigación que justifican los hechos imputados, precisamente porque la conformidad importe una renuncia a la presunción de inocencia.

De todo lo expuesto, concluyo señalando que al producirse la admisión de cargos por parte del procesado (con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28122), se excluye la necesidad de tenerlos que probar; y, no habiéndose actuado prueba alguna, al haberse truncado, precisamente, la prosecución del juicio oral (público y contradictorio, en donde en rigor se actúan los medios probatorios ofrecidos por el ente acusador y la defensa), debe ceñirse el tribunal a expedir sentencia con arreglo a los hechos que sustentan la acusación del Ministerio Público y que han sido aceptados por el procesado, encontrándose impedido de corroborarlos a través de la valoración de medios de prueba.



Artículo 373. Solicitud de nueva prueba

1. *Culminado el trámite anterior, si se dispone la continuación del juicio, las partes pueden ofrecer nuevos medios de prueba. Sólo se admitirán aquellos que las partes han tenido conocimiento con posterioridad a la audiencia de control de la acusación.*
2. *Excepcionalmente, las partes podrán reiterar el ofrecimiento de medios de prueba inadmitidos en la audiencia de control, para lo cual se requiere especial argumentación de las partes. El Juez decidirá en ese mismo acto, previo traslado del pedido a las demás partes.*
3. *La resolución no es recurrible.*

Artículo 374. Poder del Tribunal y Facultad del Fiscal

1. *Si en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la posibilidad de una calificación jurídica de los hechos objeto del debate que no ha sido considerada por el Ministerio Público, deberá advertir al Fiscal y al imputado sobre esa posibilidad. Las partes se pronunciarán expresamente sobre la tesis planteada por el Juez Penal y, en su caso, propondrán la prueba necesaria que corresponda. Si alguna de las partes anuncia que no está preparada para pronunciarse sobre ella, el Juez Penal suspenderá el Juicio hasta por cinco días, para dar oportunidad a que exponga lo conveniente.*
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, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. En tal caso, el Fiscal deberá advertir la variación de la calificación jurídica.*
3. *En relación con los hechos nuevos o circunstancias atribuidas en la acusación complementaria, se recibirá nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa. La suspensión no superará el plazo de cinco días.*



COMENTARIO:

**EL ROL DEL FISCAL EN EL NUEVO DISEÑO PROCESAL PENAL
Y LA CONSTRUCCIÓN DE SU TEORÍA DEL CASO**

CARLOS AMÉRICO RAMOS HEREDIA*

El 28 de julio de 2004 fue promulgado el nuevo Código Procesal Penal –NCP– mediante Decreto Legislativo N° 957 inspirado en un sistema acusatorio, proponiéndose un nuevo diseño del proceso penal, el cual entró en acción en el escenario nacional en el Distrito Judicial de Huaura el 1 de julio de 2006 y recientemente en el Distrito Judicial de la Libertad, el 1 de abril de 2007.

Los cambios producidos en la normativa procesal penal nacional, basados en la materialización del principio acusatorio, traen consigo lógicos cambios en la actuación de los operadores penales, cuyos roles han sido discriminados en el nuevo diseño, pero que conllevan en el terreno de los hechos al mejoramiento de habilidades y destrezas propias de una litigación ansiosa de nuevas técnicas y tácticas, comprendiendo que el alejamiento de las prácticas inquisitivas se inicia con la ruptura de esquemas mentales y paradigmas, que nos permitan comprender que, bajo la vigencia real del principio acusatorio, la distribución de los roles de los operadores penales en el proceso es una garantía de imparcialidad y objetividad, en el que el Ministerio Público adquiere su verdadera dimensión constitucional, establecida ya en nuestra Carta Magna de 1979 y recogida en la Constitución vigente de 1993, en las que se reconoce al fiscal la titularidad de la persecución penal pública.

La actuación del fiscal a través del proceso en su nueva estructura, en la que se le reconoce el papel de investigador y acusador se va a desarrollar en las tres fases que se conforman en razón a la lógica del sistema acusatorio, y el respeto a los principios y garantías que regulan el proceso sin dejar de lado que ello implica, a la vez, la regulación de la actuación de los operadores penales; dichas fases del nuevo proceso penal, que son de naturaleza preclusiva¹ son las siguientes: la primera denominada investigación preparatoria; la segunda, la fase intermedia; la tercera, siendo la de mayor trascendencia, la fase del juicio oral, y por último, la fase de ejecución. Pero no podemos dejar

* Fiscal Supremo de la Fiscalía Suprema de Control Interno.

1 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa. Lima, 2006, pág. 20.



de mencionar que la actuación del fiscal en la primera fase² es de sustancial trascendencia para el proceso, por cuanto debe actuar como director de la investigación.

Podemos señalar que la fase de la investigación preparatoria consiste en un conjunto de actos orientados a buscar y reunir los elementos de convicción para que el fiscal pueda decidir si existe o no fundamento para someter a una persona, implicada por un delito, a un juicio, y en su caso, para que el imputado pueda preparar su defensa³. Esta fase relevante en el acopio de elementos de prueba, que como ya puntualizamos está encargada por mandato constitucional al fiscal, comprende una actividad primaria denominada investigación preliminar, de exclusiva competencia del mencionado órgano del Ministerio Público, quien para el cumplimiento de su función como director de la investigación contará con el apoyo de la policía y sus órganos especializados en criminalística, el Instituto de Medicina Legal, el Sistema Nacional de Control y los demás organismos técnicos del Estado⁴.

En esa perspectiva podemos mencionar que, por mandato constitucional, la actuación del fiscal como director de la investigación resulta obligatoria desde antes del NCPP, pero es menester considerar a luz de cambios efectuados, que dichos actos de investigación deben realizarse al interior de una nueva estructura y marco normativo del proceso penal propuesto por el NCPP, en la que la oralidad y la contradicción son características relevantes, principios del sistema acusatorio que se evidencian con mayor intensidad en el juicio oral, y que se operativizan también a nivel de la investigación preparatoria, como podrá observarse en las audiencias preliminares actuadas ante el juez de investigación preparatoria, en las que se debatirán y resolverán, además de las medidas de coerción, también aspectos relacionados con la actividad probatoria actos especiales de investigación y los medios de prueba, entre otros⁵. Por ello, el rol del Fiscal es protagónico en un nuevo proceso penal basado en el principio acusatorio, siguiendo la tendencia de las corrientes reformistas de Latinoamérica.

No cabe duda de que, en el desarrollo de dicha función de investigación, el fiscal deberá tener en cuenta la actuación de la defensa y la del juez de in-

2 Optamos por el utilizar el término de fases y no de etapas, por la nueva dinámica propuesta por el NCPP.

3 Conforme lo prescribe el artículo 321 del NCPP.

4 De acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 321 del NCPP.

5 TALAVERA Pablo. "Estudio introductorio sobre el nuevo proceso penal peruano". En: *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*. BAYTELMAN A., Andrés. DUCE Mauricio. Edí. Alternativas. Lima, 2005, pág. 23.



investigación preparatoria, fórmula triádica que garantiza la racionalización de funciones, en la que el juez es el tercero imparcial y se convierte en órgano de control de las garantías fundamentales, siendo el fiscal, persecutor del delito y el acusador formal que defiende a la sociedad y el abogado del Ministerio de la Defensa que utilizará los mecanismos legales necesarios para beneficio de su patrocinado, quienes en un plano de igualdad de armas deberán desarrollar un método, una estrategia para la debida formulación, planteamiento y sustentación de una acertada teoría del caso, para alcanzar con éxito sus metas en el nuevo proceso penal.

La dinámica del nuevo proceso nos permite advertir en cuanto se refiere al rol del fiscal desde el instante que tiene conocimiento de un delito y actúa en las primeras diligencias urgentes y necesarias para plantearse las hipótesis de investigación, que existen objetivos inmediatos que debe tener presente, como el de alcanzar la convicción para fundamentar una acusación ante el órgano jurisdiccional y poder lograr un juicio de hecho y de derecho por parte del juzgador, favorable para la víctima, la sociedad y el Estado, al que representa.

Se señala que la presentación de la teoría del caso adquiere su fase trascendental en el juicio oral, pero, para llegar al juzgamiento, la teoría del caso debe haber tenido un desarrollo previo desde la fase de la investigación preliminar, es decir, desde la misma noticia de la comisión de un hecho o hechos considerados como punibles, que permita posteriormente la formulación de la teoría del caso. Según Andrés Baytelman y Mauricio Duce en la obra *Litigación penal, juicio oral y prueba*, la teoría del caso es definida: “Es idea básica y subyacente de toda nuestra presentación en juicio, que no solo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto la evidencia como es posible, dentro de un todo coherente y creíble”, pudiendo colegir que los componentes relevantes están vinculados a tres aspectos a destacar:

- a) El elemento fáctico (relacionado con los hechos).
- b) El elemento probatorio (la evaluación de los medios de prueba).
- c) El elemento jurídico (aplicación de teorías legales).

Todas las variables mencionadas deben ser evaluadas desde un punto de vista coherente e integral, cuyo análisis se va presentando simultáneamente conforme el operador vaya internalizando los datos obtenidos de la investigación que le permitan un mayor conocimiento del caso concreto. Cabe destacar que dichos elementos nos acompañan a través de toda la fase de investigación preparatoria y la fase del juzgamiento, adquiriendo su objeto al plantearse en el juicio oral como la teoría del caso tanto por el fiscal como



por el abogado defensor; así podemos distinguir dos fases en la teoría del caso para los efectos académicos:

1. La primera que se refiere a la formulación de la teoría del caso.
2. La segunda, que incide en el planteamiento y sustentación de la teoría del caso en el juzgamiento.

El tema que nos ocupa está referido al rol del fiscal en la investigación preparatoria y la construcción de la teoría del caso, labor relevante por parte del fiscal que se inicia desde que tiene conocimiento de la “noticia del delito”, hasta el momento de la acusación, como requerimiento indispensable para pasar a la fase del juicio oral.

Así, podemos puntualizar que la construcción de la teoría del caso es requisito indispensable para su formulación, siendo la investigación la base del conocimiento, el cual se produce a través de la actividad probatoria desarrollada, en el que se aplica el método científico y las reglas que limitan la admisión, producción y valoración de la prueba; en tal orden de ideas podemos identificar los siguientes criterios para la formulación de la teoría del caso:

1. Realizar el planteamiento del problema

Recurriendo a las interrogantes concurrentes en toda investigación (qué, cómo, por qué, donde, cuando, quién, etc.). el fiscal, en la fase inicial de la investigación preparatoria –la investigación preliminar–, al tener conocimiento de la comisión de un hecho que pueda considerarse como delito, tiene que verificar tal posibilidad, realizando diligencias inmediatas o actos urgentes, orientados a decidir la continuación del proceso investigador, es decir, si las versiones que tiene respecto a la comisión de un delito han sido confirmados o desvirtuados, así podríamos precisar como ejemplo la diligencia de levantamiento del cadáver, nos puede indicar en primer término la muerte de una persona, de ahí a que tenga relevancia forense es otro supuesto, en el que tendríamos que descartar el suicidio o muerte natural de aquella cometida como resultado de una conducta típica, lo que nuevamente nos puede conducir a otro supuesto, es decir, ante qué conducta típica nos encontramos, siendo el bien jurídico tutelado en este caso la vida humana, podríamos pensar que podría tratarse de un delito de homicidio o de lesiones seguidas de muerte, de exposición o abandono de persona en peligro, etc. pasando luego a sugerir la interrogante si se trata de los tipos simples o tipos agravados o atenuados, es decir, el fiscal en el presente caso no solo tendría que hacer un planteamiento sobre el delito, sino también sobre



el autor o partícipe (cómplice necesario o no necesario), entre muchas otras variables; esta función inicial se practica sin el conocimiento ni control del juez, por ello, se la denomina investigación preliminar, la misma que constituye parte integrante de la investigación preparatoria, siendo necesario puntualizar que el fin de esta fase preliminar es la decidir o no el inicio de la investigación preparatoria propiamente dicha.

2. **Determinar las hipótesis que debe tener todo proceso de investigación**

Luego del planteamiento del problema, los datos iniciales nos permitirán realizar la subsunción primaria y esbozar las hipótesis de trabajo, la principal (qué delito se habría cometido) y las secundarias, incidir en las variables de investigación cuyos indicadores deberán vincularse al tipo de injusto penal, el autor o partícipe, atenuantes, agravantes, eximentes; es decir, en un primer momento deberá precisarse los enunciados de los hechos –enunciados fácticos– que deben ser objeto de investigación, dejando en claro que la averiguación se efectúa sobre lo que se dice de los hechos, de los relatos de los testigos, lo que evidencian los documentos o soportes de información, etc.; es decir, formular las hipótesis como posibles respuestas al problema derivado del conflicto originado por la presunta comisión de un hecho punible. No podemos dejar de mencionar que la hipótesis constituye el camino indispensable para recorrer y desarrollar el descubrimiento de la verdad...⁶, entonces podríamos puntualizar que deviene una tarea necesaria, el establecer la hipótesis de investigación, a la que habría que diferenciar de la llamada hipótesis acusatoria⁷.

3. **Valoración de los hechos investigados y los elementos de prueba acopiados**

Las versiones de los hechos materia de la averiguación deberán someterse a su verificación en búsqueda de la verdad a través de la debida valoración de los medios de prueba que se vayan realizando en el proceso investigador; los actos de investigación, nos permitirán sobre la base del conocimiento de nuevos datos la reconducción de la investigación, modificando las estrategias de investigación de acuerdo a la naturaleza del tipo penal y los autores o partícipes implicados. Entonces debemos

6 PABÓN GÓMEZ, Germán. *Lógica del indicio en materia criminal*. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, 1995, pág. 34.

7 La hipótesis acusatoria es aquella que planteada en el juicio oral por el fiscal.



afirmar que el fiscal, mediante actos de investigación, primero averigua y después en una fase ulterior verifica; esta fase le sirve al fiscal para confirmar o no las hipótesis iniciales formuladas en relación al caso penal concreto.

4. Construcción de las proposiciones fácticas

El fiscal, a través de la fase de la investigación preparatoria, hace juicios sobre las versiones de los hechos, sobre los enunciados fácticos, operación que en principio se desdoblaría en dos fases: la fijación y luego la selección de aquellas afirmaciones de hecho que sean útiles, pertinentes y conducentes con su hipótesis del delito, proceso mental que se hace simultáneamente al analizar los enunciados y el tipo penal materia del proceso investigador; en la práctica, por ejemplo, podrá encontrar dos versiones sobre un mismo hecho, dos versiones que de hecho se excluyen entre sí, y dos versiones que se complementan entre sí⁸, las mismas que se evalúan en el término de la averiguación; se puede afirmar que aquellas afirmaciones que son el resultado de los datos que han podido ser justificados con los medios probatorios son enunciados fácticos verdaderos. No podemos dejar de señalar que una concepción racional de la prueba exige distinguir entre lo verdadero y lo probado⁹, lo que implica que los enunciados fácticos que se plantean deben ser objeto de comprobación para arribar a considerarlos enunciados fácticos verdaderos y que posteriormente, mediante los actos de prueba realizados en el juicio oral, son incorporados como enunciados fácticos probados. De lo que se hace necesario señalar, en este orden de ideas, que un enunciado fáctico verdadero significa que los hechos que describe han existido o existen en un mundo independiente.

5. Calificación jurídica

La que se realiza mediante la aplicación de las teorías jurídicas, sobre la base de las proposiciones fácticas, con lo que las partes presentarán su teoría del caso en el juicio oral, contando con la información necesaria para litigar, aplicando las técnicas y destrezas necesarias en un proceso penal de un sistema acusatorio.

8 COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*. Editorial Tirant lo Blanch. España, 2003, pág. 190.

9 GASCÓN ALBELLÁN, Marina / GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición. Editorial Palestra SAC. Lima, 2005, pág. 368.



Por el principio de legalidad penal, y de acuerdo a reiteradas jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, a fin de no afectar el derecho de defensa del acusado, constituye una condición indispensable que en la acusación fiscal, en los fundamentos de derecho, se consigne la calificación del delito en forma específica, sobre la cual incidirá, principalmente el debate contradictorio y oral del juzgamiento.

No podemos soslayar que la teoría del caso desde el inicio nos permitirá dirigir la investigación, en la que, en mérito a las primeras diligencias y elementos de prueba acopiados, le permitirá construir la teoría del caso de tal manera que evaluado en forma permanente la importancia de cada medio de prueba le tocará la tarea de modificar la teoría del caso, organizando los actos de investigación, sin dejar de lado el planeamiento estratégico a través de la investigación.

La investigación concluye con el pronunciamiento del Fiscal, si ha confirmado sus hipótesis de trabajo, con el requerimiento de apertura a juicio, esto es en una acusación en la que se plasmará la denominada hipótesis acusatoria, relevante para el debate en el juzgamiento.



TÍTULO IV LA ACTUACIÓN PROBATORIA

Artículo 375. Orden y modalidad del debate probatorio

1. *El debate probatorio seguirá el siguiente orden:*
 - a) *Examen del acusado;*
 - b) *Actuación de los medios de prueba admitidos; y,*
 - c) *Oralización de los medios probatorios.*
2. *El Juez Penal, escuchando a las partes, decidirá el orden en que deben actuarse las declaraciones de los imputados, si fueran varios, y de los medios de prueba admitidos.*
3. *El interrogatorio directo de los órganos de prueba corresponde al Fiscal y a los abogados de las partes.*
4. *El Juez durante el desarrollo de la actividad probatoria ejerce sus poderes para conducirla regularmente. Puede intervenir cuando lo considere necesario a fin de que el Fiscal o los abogados de las partes hagan los esclarecimientos que se les requiera o, excepcionalmente, para interrogar a los órganos de prueba sólo cuando hubiera quedado algún vacío.*

Artículo 376. Declaración del acusado

1. *Si el acusado se rehusa a declarar total o parcialmente, el Juez le advertirá que aunque no declare el juicio continuará, y se leerán sus anteriores declaraciones prestadas ante el Fiscal.*
2. *Si el acusado acepta ser interrogado, el examen se sujetará a las siguientes reglas:*
 - a) *El acusado aportará libre y oralmente relatos, aclaraciones y explicaciones sobre su caso;*
 - b) *El interrogatorio se orientará a aclarar las circunstancias del caso y demás elementos necesarios para la medición de la pena y de la reparación civil;*
 - c) *El interrogatorio está sujeto a que las preguntas que se formulen sean directas, claras, pertinentes y útiles;*
 - d) *No son admisibles preguntas repetidas sobre aquello que el acusado ya hubiere declarado, salvo la evidente necesidad de una respuesta aclaratoria. Tampoco están permitidas preguntas capciosas, impertinentes y las que contengan respuestas sugeridas.*
3. *El Juez ejercerá puntualmente sus poderes de dirección y declarará, de oficio o a solicitud de parte, inadmisibles las preguntas prohibidas.*
4. *El último en intervenir será el abogado del acusado sometido a interrogatorio.*



Artículo 377. Declaración en caso de pluralidad de acusados

1. Los acusados declararán, por su orden, según la lista establecida por el Juez Penal, previa consulta a las partes.
2. En este caso el examen se realizará individualmente. El Juez, de oficio o a solicitud de las partes, podrá disponer que se examine separadamente a los acusados, a cuyo efecto los acusados restantes serán desalojados de la Sala de Audiencias. Culminado el interrogatorio del último acusado y encontrándose todos en la Sala de Audiencias, el Juez les hará conocer oralmente los puntos más importantes de la declaración de cada uno de ellos. Si alguno de los acusados hiciere una aclaración o rectificación se hará constar en acta siempre que fuere pertinente y conducente.

Artículo 378. Examen de testigos y peritos

1. El Juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad.
2. El examen de los testigos se sujeta –en lo pertinente– a las mismas reglas del interrogatorio del acusado. Corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. Antes de declarar, los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni deberán ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la sala de audiencia. No se puede leer la declaración de un testigo interrogado antes de la audiencia cuando hace uso de su derecho a negar el testimonio en el juicio.
3. El examen al testigo menor de dieciséis años de edad será conducido por el Juez en base a las preguntas y contrainterrogatorios presentados por el Fiscal y las demás partes. Podrá aceptarse el auxilio de un familiar del menor y/o de un experto en psicología. Si, oídas las partes, se considerase que el interrogatorio directo al menor de edad no perjudica su serenidad, se dispondrá que el interrogatorio prosiga con las formalidades previstas para los demás testigos. Esta decisión puede ser revocada en el transcurso del interrogatorio.
4. El Juez moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, y procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes, en ese mismo acto, podrán solicitar la reposición de las decisiones de quien dirige el debate, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen.
5. 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 les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación se les pedirá expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes.

6. *Si un testigo o perito declara que ya no se acuerda de un hecho, se puede leer la parte correspondiente del acto sobre su interrogatorio anterior para hacer memoria. Se dispondrá lo mismo si en el interrogatorio surge una contradicción con la declaración anterior que no se puede constatar o superar de otra manera.*
7. *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.*
8. *Durante el contrainterrogatorio, las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.*
9. *Los testigos y peritos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.*
10. *A solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.*

Artículo 379. Inconurrencia del testigo o perito

1. *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.*
2. *Si el testigo o perito no puede ser localizado para su conducción compulsiva, el juicio continuará con prescindencia de esa prueba.*

Artículo 380. Examen especial del testigo o perito

1. *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 otro procesado, un testigo o un perito no dirá la verdad en su presencia.*
2. *De igual manera se procederá si, en el interrogatorio de un menor de diez y seis años, es de temer un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo o perito, en presencia del acusado, existe el peligro de un per-*

juicio 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.

Artículo 381. Audiencia especial para testigos y peritos

1. *Los testigos y 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.*
2. *Si se encuentran en lugar distinto al del juicio, el juez se trasladará hasta el mismo o empleará el sistema de vídeo conferencia, en el primer supuesto los defensores podrán representar a las partes.*
3. *En casos excepcionales, el juez comisionará a otro órgano jurisdiccional para la práctica de la prueba, pudiendo intervenir en la misma los abogados de las partes, el acta deberá reproducir íntegramente la prueba y, si se cuenta con los medios técnicos correspondientes, se reproducirá a través de vídeo, filmación o audio.*

COMENTARIO:

EL EXAMEN DE TESTIGOS Y PERITOS EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

HESBERT BENAVENTE CHORRES*

MARCO NORMATIVO:

- Código Procesal Penal de 2004: artículo 378.

I. EL EXAMEN DE TESTIGOS

El artículo 378 del Código Procesal Penal de 2004, señala, en su numeral 1) que el juez, después de identificar adecuadamente al testigo o perito, dispondrá que preste juramento o promesa de decir la verdad. Asimismo, en el numeral 2) se indica que el examen de los testigos se sujeta

* Licenciado en derecho y ciencias políticas, universidad inca Garcilaso de la vega. Fiscal adjunto superior adscrito a la fiscalía suprema de control interno del ministerio público del Perú. Docente de la escuela judicial del estado de México. Colaborador permanente de la revista gaceta penal del Perú.



—en lo pertinente— a las mismas reglas del interrogatorio del acusado; en ese sentido, corresponde, en primer lugar, el interrogatorio de la parte que ha ofrecido la prueba y luego las restantes. Igualmente, en el numeral 5) se 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 les preguntará si corresponde al que han emitido, si ha sufrido alguna alteración y si es su firma la que aparece al final del dictamen. A continuación se les pedirá expliquen las operaciones periciales que han realizado, y serán interrogados por las partes en el orden que establezca el juez, comenzando por quien propuso la prueba y luego los restantes. Asimismo, en el numeral 10), se precisa que, a solicitud de alguna de las partes, el juez podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieran declarado en la audiencia.

Al respecto, se puede establecer la existencia de cinco estaciones de preguntas cuando, en la audiencia del juicio oral, se está examinando a los testigos y los peritos. En ese sentido, estas estaciones son:

- a) Interrogatorio o examen directo del testigo y perito;
- b) Contrainterrogatorio o contraexamen del testigo y perito;
- c) Reinterrogatorio del testigo y perito;
- d) Recontrainterrogatorio del testigo y perito;
- e) Interrogatorio del juez o tribunal del juicio oral.

En ese sentido, en este primer apartado, analizaremos estas estaciones relacionadas con el examen a testigos, dejando para el aparato siguiente lo referido a los peritos.

1. El interrogatorio de testigos

En principio, el interrogatorio o examen directo del testigo consiste en la revisión, en la audiencia del juicio oral, de los testigos que la propia parte ha presentado u ofrecido al proceso.

Es respecto de estos testigos en donde resulta posible desarrollar el relato de manera tal que permita la comprobación de las proposiciones fácticas y el éxito de la teoría del caso, de la parte quien propone, presenta y examina al testigo. Para, Baytelman y Duce, el principal objetivo del interrogatorio o examen directo es extraer del testigo la información que la parte, quien presenta al testigo en el juicio, requiere para construir la historia o el trozo de historia que este puede proporcio-

nar¹. Así, la relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal.

Asimismo, los objetivos que la parte debe de lograr con el interrogatorio o examen directo al testigo que está presentando, son:

- **Solventar la credibilidad del testigo.** Significa entregar elementos de juicio para convencer al juez de que ese testigo específico es una persona digna de crédito. El peso del testigo –su credibilidad y poder de convicción para el juzgador– estará fuertemente determinado por algunas características personales, conocimientos, circunstancias en las cuales aparecieron los hechos, etc. Para ello, quien lo está examinando deberá formular preguntas orientadas a obtener información sobre estos aspectos que se les llaman: preguntas de legitimación o acreditación del testigo.
- **Acreditar las proposiciones fácticas de la teoría del caso.** El examen directo que se esté realizando debe obtener un relato que sustente las proposiciones fácticas de la teoría del caso del examinador; es decir, aquellos hechos y detalles que apuntan a que la historia realmente ocurrió como el examinador lo señala.
- **Acreditar e introducir al juicio prueba documental y/o material.** Un tercer objetivo del examen directo, aun cuando pudiera no presentarse en todos los casos, es la acreditación e introducción de prueba documental y/o material por medio de sus declaraciones. En efecto, es a través de las declaraciones de testigos (y peritos) como los objetos y documentos se acreditarán como tales y dejarán de ser cuestiones abstractas. Ejemplo: ¿cómo introducir al juicio el arma supuestamente utilizada en el homicidio materia de proceso? Y ¿cómo establecer que esa arma fue utilizada por el acusado? Obviamente el arma, por sí sola, no habla; tampoco es suficiente que el Ministerio Público lo presente y sea el mismo quien responda todas estas interrogantes –por la sencilla razón que el Ministerio Público es una parte más en el proceso penal–; el Ministerio Público lo tendrá que acreditar, por ejemplo, a través de los testigos que llame a declarar, los cuales, a través de su relato, logren convencer al juzgador que



1 BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*. Fondo de Cultura Económica, México, p. 107.

el acusado empleó el arma a fin de realizar el homicidio de “x”. Pero son las declaraciones de los testigos (y/o peritos) las que establecen los medios de acreditación e ingreso al juicio de la prueba material.

- **Obtener información relevante para el análisis de la prueba.** Es común que los testigos puedan aportar información que permita pesar la credibilidad de otras pruebas que se presentarán en juicio o contextualizar las historias o relatos que provendrán de otros testigos o de otros medios de prueba. No se trata de relatos estrictamente vinculados con los hechos específicos del caso, sino de información contextual que pueda servir para fortalecer la teoría del caso del examinador o desacreditar la de su contraparte.

Por otro lado, la estructura básica del examen directo, descansa en dos etapas o contenidos: una primera destinada a acreditar o legitimar al testigo; y una segunda que tiene por objeto el relato de los hechos que componen su testimonio.

Así, en lo que respecta a la acreditación del testigo, Neyra Flores², indica que el Juez debe conocer al testigo, humanizarlo; señalando, como ejemplo, el examen directo a la agraviada de un delito contra la libertad sexual:

Ministerio Público: Testigo su nombre.

Testigo: Juana Ríos Pérez

Ministerio Público: Señora Juana ¿A qué se dedica?

Testigo: Secretaria.

Ministerio Público: Su estado civil.

Testigo: Divorciada.

2 NEYRA FLORES, José Antonio. Técnicas de litigación oral. Disponible en: <www.cadperu.com/virtual/file.php/1/moddata/data/3/10/3050/TECNICAS_DE_LITIGACION_ORAL.pdf>.

Asimismo, Neyra Flores, acota que no se puede presentar prueba del buen carácter del testigo, porque será objetable por impertinente. Solo se acepta cuando cuestiona la otra parte su buen carácter. Ejemplo:

Fiscal: Sra. ¿Tiene antecedentes penales?

Agraviada: No, ningún delito.

Fiscal: ¿Tiene Ud. buena reputación?

Agraviada: Sí, de persona respetuosa, honrada, trabajadora y católica. Asistente todos los domingos a misa.



Ministerio Público: ¿Dónde trabaja?

Testigo: Trabajo en el despacho jurídico Arias & Arias.

Ministerio Público: ¿Qué labor realiza?

Testigo: Preparo cartas, saco fotocopias, archivo documentos y toda labor auxiliar.

Ministerio Público: ¿Desde cuándo labora ahí?

Testigo: Hace 5 años.

Ministerio Público: ¿Trabajó antes?

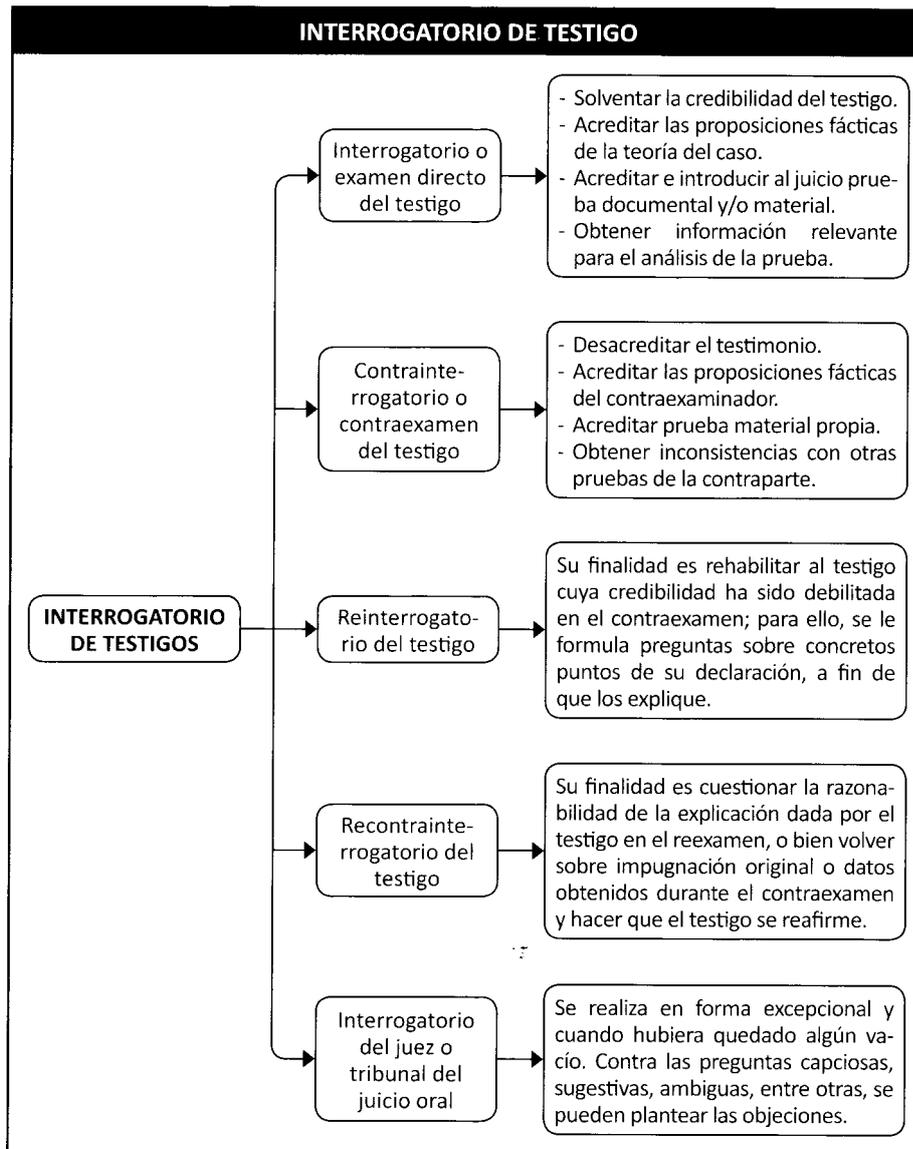
Testigo: Sí a medio tiempo, pues simultáneamente estudiaba secretariado jurídico y requería dinero para pagar mis estudios y mantener a mis hijos y madre.

No obstante, el Ministerio Público o el abogado defensor no deben volver rutinario las áreas de acreditación de los testigos. En nuestra cultura legal pareciera que ser profesional y tener familia son elementos que hacen siempre creíble a una persona. Al menos eso parece cuando uno observa las preguntas destinadas a establecer la profesión del testigo, su estado civil y el número de hijos; se repiten casi como un ritual en los juicios orales.

Sin embargo, las áreas de acreditación surgirán como consecuencia de las necesidades específicas del caso concreto. Habrá casos en que la relación con una persona será la principal acreditación que necesita el testigo, pues vendrá a declarar aspectos íntimos de dicha persona; en otras serán sus capacidades de percepción de los hechos; en otras, la acreditación se tendrá que hacer sobre la conducta previa del testigo que podrían dañar su credibilidad frente a los jueces (problemas de alcoholismo, de drogadicción, meretricio, etc.).

Una vez que se ha acreditado la solvencia del testigo se está en condiciones de ir sobre las proposiciones fácticas que el testigo pueda acreditar. Si el testigo es presencial, normalmente su relato incorporará los hechos del caso tal cual ocurrieron según su punto de vista, lo que incluirá elementos tales como: lugar en que ocurrieron los hechos, su descripción, fechas y tiempos, personas participantes, hechos concretos presenciados por el testigo, descripción de situaciones o lugares, etc. Si el testigo es referencial (de oídas), no solo tendrá que relatar los hechos referenciales, sino también las fuentes y circunstancias a través de las cuales se enteró de tales hechos.





Finalmente, el examinador debe tomar en cuenta cuatro reglas de oro:

- 1. Prepare al testigo:** Recuerde que los testigos están nerviosos cuando atestiguan en un juicio; asimismo, los testigos, incluso los peores, aportan algo bueno, e incluso los mejores tienen algo malo; además, los testigos saben mucho más acerca de la sustancia de su

testimonio que lo que saben acerca del modo de presentarla³. Por ello, la preparación del testigo es una actividad central en el objetivo de minimizar dichos errores y poder presentar a los jueces información relevante de manera inteligible, clara y creíble. Un litigante profesional va al juicio oral a exponer información, no a buscarla; en ese sentido, no hace preguntas cuya respuesta desconoce. Así, el abogado tiene que reunirse previamente con el testigo; recorrer juntos el relato, explorar los detalles relevantes, conocer sus debilidades, explorar explicaciones razonables para anticiparlas en el examen directo. Sin una preparación en esta línea, o convencido de que lo conoce bien por el solo hecho de haber leído sus declaraciones previas (entrevistas), solo generará el presentar a juicio un testigo que no conoce, cuyas respuestas que dé, capaz, lo encuentre –al examinador– no preparado (sorprendido, prisionero del silencio que genera el quedarse atónito por una respuesta –de su propio testigo– imprevista).

2. **Organice los testigos y testimonios que presentará en el juicio oral:** El Ministerio Público o el abogado defensor, ya conocen a sus testigos, sus relatos, sus detalles, sus habilidades y defectos, sus horarios, sus ritmos de vida. Ahora con tal información, debe de organizarlos, siempre en función de la estrategia general del caso, que pretenden, sea de recibo por el juzgador. En ese sentido, la organización del examen directo tiene dos grandes temas: el orden de presentación de los testigos y el orden del testimonio.

En el primer caso, el orden de presentación de los testigos es una decisión estratégica de importancia que se ha dejado en libertad para las partes. Al respecto, se pueden presentar, como sugerencias, los siguientes tipos de organizaciones: a) situar a los testigos más sólidos al comienzo y al final de la lista de testigos, siendo el caso que, aquellos de importancia marginal o respecto de quienes se tenga dudas vayan al medio; b) organizar los testigos en forma cronológica, presentando a los testigos en el orden en que fueron apareciendo en la escena del delito, a fin de ir recreando los hechos ante el juzgador, tal y como ellos ocurrieron; c) estructurar la historia en derredor del “testigo estrella”, y luego utilizar los demás testimonios como refuerzos de aquel; o, d) agrupar a los testigos



3 GOLDBERG, Steven. *Mi primer juicio oral*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 87.

de acuerdo con la cantidad de información que cada uno entrega del caso, ofreciendo primero al testigo que pueda dar cuenta del relato general de los hechos y yendo luego con los testigos que aporten relatos parciales.

En el segundo caso, y una vez que ya sabemos quienes son los testigos que van primero, los que siguen y los finales; ahora nos surge otro dilema: frente al testigo que está a punto de declarar, ¿cómo ordenamos su información? Al respecto, es muy usual la sugerencia que la misma sea estructurada en forma cronológica; existiendo diversas formas de organizar la cronología.

Así tenemos un esquema N° 1:⁴

- a) Pregunta del primer hecho.
Pregunta de los detalles de este hecho.
- b) Pregunta del segundo hecho.
Pregunta de los detalles de este hecho.
- c) etc.

En este primer esquema, el orden del interrogatorio o del examen directo se organiza sobre la base de la cronología de hechos y, en cada uno de estos, el litigante se detiene en los detalles relevantes. Una vez agotados, el litigante vuelve sobre el orden o sucesión cronológica de los hechos.

En un esquema N° 2, tenemos:⁵

- a) Se permite al testigo hacer un relato general y progresivo acerca de los hechos.
- b) Detalles de los hechos relevantes.

En este esquema, el litigante permite que el testigo señale los detalles que él desee para, al final, preguntarle por algunos de los detalles de la historia, mencionados o no por él, que destacan su importancia con relación a las proposiciones que se quieren probar.

3. **Emplee el tipo de preguntas adecuadas a los fines que pretende obtener con su testigo:** Existen tres tipos de preguntas que se pueden utilizar durante el interrogatorio o examen directo. Así, en pri-

4 BERGMAN, Paúl. *La defensa en juicio*. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 71.

5 Ídem.



mer lugar, están las preguntas abiertas, las cuales tienen como fin invitar al testigo a formular la respuesta en sus propias palabras. Estas preguntas típicamente siguen el siguiente tenor: ¿Qué hizo el día 21 de marzo? ¿Qué sucedió después que entró en la casa? ¿Qué hizo luego? La principal ventaja es que permite al testigo explicarse en sus propias palabras, permitiendo al juzgador evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Sin embargo, la desventaja es que los relatos que genera el testigo pueden no aportar todos los detalles que el abogado necesita conseguir del testigo, o bien incluir detalles sobreabundantes o de escaso interés.

Por otro lado, están las preguntas cerradas, su propósito es invitar al testigo a escoger una de entre varias respuestas posibles y por lo mismo, focalizan la declaración del testigo en aspectos específicos del relato. Por ejemplo: ¿Qué marca es su auto? ¿Qué color era su pelo? ¿Cuál es el nombre de su hermana? Es necesario remarcar que la pregunta cerrada no sugiere al testigo la respuesta deseada (porque sería materia de objeción), sino que deja abierta la opción, por limitada que esta sea. Asimismo, la principal ventaja de las preguntas cerradas es el control que le entregan al litigante, en términos de poder obtener del testigo toda la información que este posee, y solo información relevante. En cambio, la desventaja es que, en la medida en que las preguntas cerradas no permitan o dificulten al juzgador, el formarse una opinión acerca de cuánto sabe realmente el testigo, su credibilidad puede verse dañada.

Por otro lado, están las preguntas de introducciones y transiciones; en efecto, cuando se está cambiando de tema, resulta útil encabezar las preguntas con una formulación que permita a los testigos y al juzgador situarse en el contexto en el cual se va a desarrollar el examen directo, facilitando la comprensión de la información que se espera del testigo. Se trata de encabezados que incorporan información de contexto para ubicar al testigo en su respuesta o para introducir un tema nuevo en el relato. Por ejemplo: Sr. X, ahora voy a preguntarle acerca de sus relaciones con el acusado, específicamente acerca de su relación profesional.

Luego de toda esta sucinta exploración, cabe señalar que la forma común en que se prepara un examen directo es la combinación de preguntas abiertas y cerradas, así como el uso de preguntas de introducción y transición. Lo normal será iniciar los relatos con preguntas abiertas que permitan al testigo hablar sobre los hechos



que conoce. A partir de este relato inicial, se utilizarán preguntas cerradas de seguimiento o para enfatizar aspectos específicos.

4. **La última regla de oro para el examen directo es que el abogado debe recordar que el centro de la atención no es él, sino el testigo, por ser la fuente de información; lo poco o mucho que sepa el abogado es irrelevante, a la hora de la valoración que realice el juzgador:** Sin embargo, las posturas que adopte el examinador frente al examinado, también son puntos que pueden favorecerle. En efecto, el examinador debe emplear un lenguaje común, a fin de lograr que el testigo y el juzgador lo entiendan. Asimismo, el examinador debe escuchar al testigo; es decir, prestarle atención; dar a entender que lo que está declarando es importante; además, que le ayudará a estar atento a cualquier desliz que su testigo, a la hora de estar declarando, incurra, a fin de hacer las aclaraciones del caso. Por otro lado, se recomienda que el examinador no lea su listado de preguntas, mientras examina a su testigo, porque se concentrará en su libreto y no en las respuestas del testigo, perdiendo el estado de alerta y dejando pasar finalmente oportunidades para aprovechar y reaccionar a la información que el testigo está aportando; otra cosa es la utilización de minutas temáticas para guiar al abogado, es decir, un listado de temas principales sobre los que el testigo debe declarar, pero nunca un set de preguntas completo para ser leído durante la audiencia. Finalmente, siempre es útil el apoyo de gráficos, es decir, un apoyo audiovisual, que fortalezca la declaración del testigo.

2. El conainterrogatorio del testigo

Después del interrogatorio viene el conainterrogatorio, en una lógica donde se aprecia que la audiencia del juicio oral, además de ser un escenario estratégico es dialógico y sobre todo dialéctico; donde el principio del contradictorio se hace más latente mientras se vienen desahogando cada medio probatorio en la citada audiencia.

Ahora bien, el conainterrogatorio o contraexamen –que viene después del interrogatorio o examen directo– es aquella estación, conjunto o sesión de preguntas que es realizada por la parte contraria. En ese sentido, si se está ante un testigo ofrecido por el Ministerio Público, el interrogatorio lo realiza esta parte y el conainterrogatorio, el abogado defensor. Asimismo, si el testigo es ofrecido por la defensa, el interrogatorio será llevado por aquella parte y el conainterrogatorio será formulado por el Ministerio Público.

Los fines del contrainterrogatorio son: por un lado, cuestionar la credibilidad del testigo que fue examinado anteriormente; y por otro lado, procurar que el testigo reconozca aspectos positivos para su caso y negativos para el contrario.

En lo que respecta a la primera finalidad, el contrainterrogatorio o contraexamen busca cuestionar al testigo como fuente de información. En ese sentido, en un sistema de libre valoración de la prueba, la desacreditación del testigo es necesariamente concreta; hay que darle al juzgador razones reales –por oposición a meros prejuicios– que permitan efectivamente decir que la persona del testigo, como fuente de información, no es confiable; es decir, información concreta; no basta la sola mención que es un drogadicto, alcohólico, meretriz, etc., porque, per se, no conlleva considerarlos menos dignos de confianza –o que es más probable que mienta–, eso es prejuicio.

Por otro lado, en lo que respecta a la segunda finalidad del contraexamen, la misma se desprende en las siguientes acciones:

- **Desacreditar el testimonio:** En este caso, se trata de atacar la credibilidad, no ya de la persona del testigo, sino de su testimonio. El factor que más clásicamente desacredita al testimonio está constituido por las condiciones de percepción. Dichas condiciones pueden pertenecer a circunstancias personales del testigo (su miopía, su sordera, su estado mental, temor, empleo de drogas al momento de los hechos), o bien circunstancias externas (el ruido ambiental, la oscuridad, la distancia, el hecho de que el objeto sea igual a muchos otros, etc.).
- **Acreditar las proposiciones fácticas del contraexaminador:** Hay ocasiones por las cuales se pueden obtener, de un testigo contrario, testimonios que afirmarán las proposiciones fácticas del contraexaminador; es decir, que puedan corroborarse ciertos elementos de su propia versión de los hechos. Adicionalmente, se le envía al juzgador la señal de que no se ha mentado en esos puntos, y por ende, tampoco en los otros.
- **Acreditar prueba material propia:** En la misma lógica que la anterior, si un testigo de la contraparte puede acreditar la prueba material del contraexaminador lo favorecerá, frente al juzgador, la autenticidad de dicha prueba material.
- **Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contraparte:** Si se puede obtener de los testigos de la contraparte testimonios in-



consistentes entre sí, eso daña el caso de la parte rival, de manera importante. Que el testimonio de los testigos de una parte con los de la otra, sean inconsistentes, suele pasar; pero, que las declaraciones de los testigos del adversario sean inconsistentes, ya genera, como ganancia, la pérdida de credibilidad de los tales.

Por otro lado, se deben de observar las siguientes reglas de oro del contra examen:

- 1. Estructure el contraexamen en forma temática:** Como se recordará a la hora de estructurar el interrogatorio o examen directo, la recomendación ha sido que ello se haga en un orden cronológico. En el caso del contrainterrogatorio, en cambio, la construcción de una historia íntegra y coherente suele no tener demasiada importancia. En el contrainterrogatorio se trata de apuntar hacia aquellas porciones de la declaración del testigo rival que pueden ser impudadas como inverosímiles, falsas o inconsistentes. La estructura del contraexamen, por lo tanto, es esencialmente temática.
- 2. Emplee declaraciones previas del testigo contraexaminado:** Una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad, y que consta en algún soporte, cualquiera que este sea. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia pública o privada: una entrevista ante el Ministerio Público o la autoridad policial durante la investigación preparatoria, la declaración de impuestos, una carta a un familiar, etc.
- 3. Utilice preguntas de tipo sugestivas de un solo punto, así como abiertas:** Las preguntas sugestivas son aquellas en donde la interrogante lleva implícita la respuesta: ¿usted olió a gas cuando ingresó a la casa?, y es de un solo punto, porque se refiere a un pedazo de información que se pretende resaltar (a diferencia de las preguntas compuestas, que llevan en su estructura dos o más preguntas). Sin embargo, en lo que respecta al interrogatorio o examen directo, las preguntas sugestivas están prohibidas, y son materia de objeciones; ello, porque la información debe llegar al juzgador, por primera vez, a través de la respuesta que dé el testigo; no hay otro vehículo que dé credibilidad a la información, sino la propia declaración de la fuente de prueba. No obstante, en el contrainterrogatorio o contraexamen, el empleo de preguntas sugestivas no debe de estar prohibido, dado que son las claves del contraexamen temáticamente orientado, al permitir dirigir la respuesta del

testigo a la parte específica de información que el contra examen persigue, allí donde un testigo hostil va a estar permanentemente intentando eludir, evitar, rodear o adornar la respuesta.

Igualmente, tomaremos como referencia un ejemplo propuesto por Baytelman/Duce⁶; esto es, que el señor Kiev fue acusado por su cónyuge de cometer abusos deshonestos en la persona de su hija Ana, varias veces en el año X. El contraexamen que hizo el abogado de la defensa a la señora Kiev –la madre de Ana y denunciante en este caso– corrió como sigue:

P: Señora Kiev, usted declaró en el examen directo que su marido había abusado de su hija en varias ocasiones.

R: Así es.

P: ¿Y eso la impactó mucho?

R: Por supuesto. ¡Cómo no me iba a impactar!

P: Por supuesto. ¿Encaró a su marido con lo que Ana le había contado?

(Obsérvese el primer tema que el abogado defensor pretende incidir en el contraexamen; es decir, cuál fue la reacción de la señora Kiev, ante las probables violaciones de su hija, por medio de preguntas sugestivas)⁷.

R: No.

P: ¿Le hizo saber de alguna manera que usted sabía lo que estaba ocurriendo?

R: No.

P: Señora Kiev, ¿cuántas veces recuerda que Ana le haya dicho, durante el año X, lo que su padre le hacía?

R: No sé... tres... quizás cuatro.

P: En tres, quizás cuatro oportunidades, su hija de 12 años le dijo que estaba siendo abusada sexualmente por su padre y ¿usted no hizo nada?

R: No.

P: ¿No llamó a la policía?

6 BAYTELMAN, Andrés/DUCE, Mauricio. Ob. cit., pp. 178-182.

7 Igualmente, nuestras apreciaciones del ejemplo brindado por los juristas chilenos son resaltadas en negritas.

R: No.

P: ¿No pidió ayuda a nadie?

R: Estaba recién llegada, no dominaba bien el idioma... no sabía a quien recurrir.

(Obsérvese que un testigo que se ve acorralado, en hostilidad, intuitivamente, buscará una salida para escapar del hostigamiento. El contraexaminador debe estar atento).

P: Hablando de eso, usted abrió una cuenta corriente en el Banco Americano, hacia fines del año x, ¿no es verdad?

R: Sí, creo que fue alrededor de esa época.

P: Y seguramente no supo bien al principio en qué banco le convenía abrirla, ¿no es así?

R: Bueno, pregunté en un par de lugares.

P: De manera que fue a un par de bancos antes de decidirse por el Banco Americano, ¿es eso correcto?

(Obsérvese que el contraexaminador está ingresando a un segundo tema en su interrogatorio; esto es, si la señora Kiev tenía el suficiente manejo del idioma, a través de una actividad cotidiana: abrir una cuenta bancaria; si eso es cierto, entonces cae su argumento que dominaba bien el idioma para poder denunciar las presuntas violaciones de su hija Ana).

R: Sí.

P: Y los ejecutivos que la informaron no hablaban polaco, ¿no?

R: No, no hablaban polaco.

P: Hablaban inglés.

(Aquí estamos ante una típica pregunta sugestiva, es decir, la interrogante lleva implícita la respuesta; pero no cabe una objeción, porque como se ha dicho es un tipo de pregunta básica y necesaria en el contraexamen).

R: Sí.

P: Igual que el ejecutivo que finalmente tramitó su cuenta en el Banco Americano.

R: Sí.

P: Y usted hizo todo ese proceso sola ¿no es verdad?

R: Bueno, a veces me acompañaba mi marido.

P: Pero muchas veces no.

R: Así es, muchas veces no.

P: Muchas veces tuvo que lidiar sola con ejecutivos que le pedían documentos y datos sobre su persona.

R: Sí.

P: Y le pedían que llenara formularios que estaban en inglés.

R: Sí.

P: Y al parecer se pudo entender con ellos, pues le abrieron la cuenta.

R: Sí, supongo.

P: Pero seis meses después, hablando mejor el idioma, no fue capaz de llamar a la policía, ni a un hospital, ni al centro comunitario de su municipalidad cuando supuestamente Ana le dijo por primera vez que estaba siendo abusada por su padre.

(Aquí estamos ante una pregunta que implica una conclusión, que es muy riesgosa, porque si no se sabe controlar el curso del interrogatorio, puede generar que el testigo explique por qué no hizo exactamente lo que el contraexaminador pretende graficar al juzgador).

R: Es que usted tiene que entender...

P: Señora, estoy tratando de entender, así que le ruego que responda a mi pregunta; ¿contactó a alguna persona para que le ayudara con el hecho de que, según Ana, su padre estaba abusando de ella?

R: No.

(Obsérvese cómo el contraexaminador evitó que la testigo formulase cualquier tipo de explicación que haga caer por los suelos lo que se buscaba con el contraexamen. Obviamente, se debe ser muy sutil para evitar generar en el juzgador la imagen que no se le quiere dejar hablar al testigo, y que el contraexaminador teme lo que este puede decir).

P: Pasando a otra cosa, señora Kiev, ¿cuántas veces tomaron vacaciones usted y su marido en el año X?

(Aquí el contraexaminador pasa a un tercer tema: las relaciones entre la señora Kiev y su marido, en un contexto donde ella, supuestamente, sabe que su hija fue violada por su marido. Claro



está que ello no puede ser tan claro para el Ministerio Público, que puede considerar que es una pregunta impertinente, sin relación con el proceso, y por ende formular una objeción; o bien, intuye a dónde quiere llegar el contraexaminador y objete a fin de hacerle perder el hilo del interrogatorio. Al respecto, el contraexaminador, sin tener que decir todo lo que pretende lograr con este tercer tema, debe ser contundente en señalar que si se le deja continuar con esta línea de pregunta se podrá observar su relación con el caso).

R: No sé, déjeme ver. La primera vez salimos en junio, arrendamos un auto y recorrimos la costa oeste. La segunda vez, en octubre, viajamos a Canadá.

P: Señora Kiev, ¿no la escuché además decir en el examen directo que su marido la invitó a un crucero por el Caribe, en mayo?

R: Cierto, fueron tres veces entonces las que salimos.

P: Y me parece haberle oído decir que este crucero, había sido... ¿cuál fue la expresión que utilizó? Ah, sí, su "segunda luna de miel".

R: Sí, dije eso.

P: ¿Podría explicarnos a qué se refería?

R: Bueno, hacía tiempo que no podíamos tomarnos vacaciones e iban a ser las primeras en nuestro nuevo país, además cumplíamos ese mes 20 años de casados.

P: ¿Era, entonces, una situación romántica?

R: Sí, supongo que podría decirse de ese modo.

P: ¿Y cómo estuvieron las relaciones con su esposo en ese viaje?

R: Fantásticas.

P: Déjeme ver si recapitulo bien lo que me dice. Si su hija de 12 años le confesó que su padre estaba abusando de ella, y un mes después ¿usted sale con el abusador de su hija a una romántica segunda luna de miel?

(Igualmente es una pregunta que implica una conclusión: debilitar el testimonio de la madre de la supuesta víctima de violación, quién además denunció el hecho. Claro está, que hay que tener control del curso del interrogatorio, porque cualquier puerta abierta que se le deje al contraexaminado hará que se justifique de tal forma que quede bien librada del acoso de preguntas).



R: Yo quería proteger a mi hija.

P: Entiendo. Y luego, mientras la situación en su hogar se ponía todo lo tensa que usted nos ha referido, se tomó otras dos vacaciones con su marido.

R: Sí.

P: Que estaba abusando de su hija.

R: Bueno... si, quizás no debí hacerlo.

P: Yendo a otra cosa, usted nos dijo en el examen directo que había traído a su madre desde Polonia para que protegiera a Ana, ¿es eso correcto?

(Nótese que el contraexaminador logró, por un lado, evitar alguna salida justificatoria de la contraexaminada que haría caer por los suelos lo que está buscando con el contraexamen y, por otro lado, le permitió ingresar a un cuarto tema de análisis: la supuesta venida de la abuela de Ana a fin de protegerla de los abusos sexuales que estaba, supuestamente, sufriendo).

R: Sí, así es.

P: ¿De qué manera se supone que debía ella protegerla?

R: Bueno, la idea era que Ana no estuviera en la casa sola con su padre mientras yo hacía mi turno en el negocio.

P: La protección consistía, pues, en que su madre estuviera con Ana en la casa cuando usted no estuviera.

R: Sí.

P: Sin embargo, poco después de llegar su madre, ella comenzó también a trabajar en el negocio, ¿no es verdad?

R: Sí. Nos estaba yendo muy bien y yo sola no podía con todo el negocio.

P: Así que le pidió a su madre que la ayudara.

R: Sí.

P: Que compartiera el turno con usted.

R: Bien, sí.

P: Y mientras estaba en el negocio, no estaba en la casa protegiendo a Ana...¿me equivoco?

R: No, por supuesto que no.

P: Su señoría, no tengo más preguntas.



Se puede observar que las preguntas formuladas por el contraexaminador tuvieron relación con temas concretos y en función de un solo objetivo: mostrar al juzgador las debilidades de la historia de este testigo.

Por otro lado, también en el contrainterrogador o contraexamen se pueden utilizar **preguntas abiertas**; ello como estrategia de evitar producir la sensación que es el abogado –y no el testigo– quien está dictando el testimonio, a través de las preguntas sugestivas. Se debe evitar despertar suspicacias del juzgador a tal nivel que llegue a tener la impresión de que el contraexaminador no está tratando al testigo con la debida ecuanimidad o está ocultando información, pues ello afecta la credibilidad. Resulta útil, pues, intercalar preguntas abiertas, cuidando el contraexaminador que ello sea en zonas seguras del contraexamen, donde no se requiera demasiado control.

4. **No formule conclusiones al finalizar el contraexamen.** Si se observan los contraexámenes formulados, por un lado, al testigo que observó al presunto violador de la señora Martita, y por otro lado, a la mamá de Ana, víctima de violación, se podrá deducir que, **una vez encontradas las inconsistencias, el contraexaminador no se dirigió al juzgador y elaboró conclusiones de su contraexamen**; por la sencilla razón de que, por estrategia, no es conveniente hacerlo; máxime, si después del contraexamen, cabe la posibilidad, y lo veremos en el siguiente punto, de una segunda ronda de preguntas a fin de salvar las contradicciones incurridas por el testigo. Las inconsistencias encontradas deben ser expuestas y sacadas el máximo de provecho en los alegatos finales; en una especie de: **promesa cumplida, el caso de mi contraparte es débil e inconsistente.**

3. El reinterrogatorio del testigo

A solicitud de alguna de las partes, el Tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos que ya hubieran declarado en la audiencia. Esta segunda ronda de preguntas está conformada por el reinterrogatorio y el recontrainterrogatorio.

El reinterrogatorio o reexamen es el nuevo interrogatorio, posterior al contraexamen, que efectúa la parte que ofreció al testigo y quien en la primera ronda efectuó el interrogatorio o examen directo.

La finalidad del reinterrogatorio es rehabilitar al testigo cuya credibilidad ha sido debilitada en el contraexamen; para ello, se le formula



preguntas en concretos puntos de su declaración (inconsistente, falsa o inverosímil), a fin de que los explique.

Ejemplo:

Ministerio Público: Señor Juan, las preguntas del abogado defensor, usted indicó que en una declaración anterior no había escuchado cuando el acusado le admitió los hechos ¿podría usted indicar por qué?

Por otro lado, se sugiere observar las siguientes recomendaciones:

1. Solo se debe emplear el reinterrogatorio o reexamen cuando el testigo pueda aclarar un tema o rehabilitarse; porque puede producirse un recontrainterrogatorio que puede perjudicar más al testigo.
2. No se debe repetir todo el interrogatorio o examen directo, solamente debe incidir en las áreas cubiertas en el contrainterrogatorio, para aclarar las dudas que surgieron; caso contrario, es susceptible que se le objeten las preguntas, por ser repetitivas. Por ende, más que cronológico, debe ser temático.
3. Es conveniente emplear preguntas de tipo cerradas, así como de transición.
4. Es fundamental el uso de interrogantes tales como: **por qué, para qué, dado que**, invitan a una explicación o justificación por parte del testigo.

4. El recontrainterrogatorio

El recontraexamen, es el nuevo interrogatorio, posterior al reexamen, que realiza la parte que hizo el contraexamen al testigo.

Su finalidad es cuestionar la razonabilidad de la explicación dada por el testigo en el reexamen; o bien, volver sobre la impugnación original o datos obtenidos durante el contraexamen y hacer que el testigo se reafirme.

Asimismo, se sugiere observar las siguientes recomendaciones:

1. Solo se debe recontraexaminar cuando sea necesario y viable; caso contrario, puede favorecer aún más la explicación dada por el testigo durante el reexamen.
2. Si no se va a recontraexaminar, se debe aprovechar la oportunidad para expresarle al juzgador la decisión de no hacerlo, de manera estratégica. Ejemplo:

Juzgador: Sr. Abogado, ¿desea efectuar un recontraexamen?

Abogado: Su señoría, no nos parece necesario.



3. Si se va a efectuar el recontraexamen, se debe limitar a las áreas cubiertas en el reexamen; por ende, también debe estructurarse en forma temática.
4. Las preguntas a utilizarse seguirán siendo sugestivas de un solo punto, y en forma estratégica, las de tipo abiertas.

5. Interrogatorio del testigo por parte del juez o tribunal del juicio oral

El juzgador también puede examinar a los testigos, siempre y cuando se cumplan dos condiciones:

1. **Excepcional.** Es decir, no sufre la actividad de las partes. Menos aún si las mismas han procedido con una estrategia deficiente.
2. **Interrogar a los órganos de prueba solo cuando hubiera quedado algún vacío.** En ese sentido, la finalidad de las preguntas del juzgador no gira en torno: a) establecer el relato o historia de los eventos; b) hallar inconsistencias en lo declarado por el testigo; c) permitir que el testigo se explique ante probables inconsistencias de sus declaraciones; ni, d) cuestionar la credibilidad de las explicaciones dadas por el testigo; todo ello, es actividad y responsabilidad de las partes. En ese orden de ideas, el juzgador solo interroga por temas que no han sido objeto ni del examen directo, contraexamen, reexamen y recontraexamen, respectivamente.

6. Objeciones

En todo este periodo de preguntas y respuestas son de vital importancia las objeciones, dado que son un medio para ejercer el derecho de contradicción. En términos generales tienen por finalidad permitir que el juicio se adecue a los principios de buena fe, lealtad y presunción de inocencia. Para Castro Ospina cumplen las siguientes funciones: a) que ingrese al proceso información de calidad, esto es, que no provenga del interrogador; b) evitar la introducción de pruebas ilegales, inconducentes, superfluas o repetitivas; y c) minimizar el efecto demostrativo de las pruebas⁸. Doctrinalmente, las preguntas que pueden ser materia de objeciones en el juicio oral son:

- **Preguntas capciosas o engañosas.** Son aquellas que en su elaboración inducen a error al sujeto que responde, favoreciendo de este

8 CASTRO OSPINA, Sandra. *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 84.



modo a la parte que las formula. Ejemplo: se le muestra al testigo un set de fotografías de autos similares y se le pide que identifique cuál es el auto involucrado en el robo. La pregunta le sugiere que uno de esos autos es, pero el engaño está que el auto, supuestamente involucrado en el robo, no está en el set de fotografías.

- **Preguntas impertinentes.** Mediante estas preguntas se intenta obtener del testigo información que no tiene una relación sustancial con los hechos que son objeto de prueba, es decir, que no resultan relevantes para decidir el asunto que se encuentra bajo la decisión del juzgador.
- **Preguntas sugestivas.** Es sugestiva cuando ella misma sugiere o fuerza el contenido de la respuesta. Ejemplo: ¿usted estuvo en la discoteca “Zombie”, el día 14 de febrero del año x? Cabe recordar que son objetables cuando se utilizan en el examen directo, mas no en el contraexamen.
- **Preguntas conclusivas.** La regla general es que el rol de los testigos es de relatar hechos que percibieron directamente a través de sus sentidos (lo que vio, oyó, palpó, olió, degustó). En ese sentido, las conclusiones a las que un testigo pudo haber arribado son, en general, irrelevantes para la decisión del caso, y suele configurarse información de baja calidad.
- **Preguntas que soliciten opinión a un testigo lego.** Al igual que en las preguntas conclusivas, las opiniones del testigo lego son, en principio, inadmisibles, por la falta de experticia del testigo en determinadas cuestiones. Ejemplo: ¿Hablaba en serio Pedro cuando hizo la amenaza?
- **Preguntas confusas.** Son confusas aquellas preguntas que por su defectuosa formulación no le permiten comprender al testigo con claridad cuál es el tema que efectivamente indaga. En ese sentido, la confusión se da por lo complejo o poco claro de la formulación.
- **Preguntas ambiguas.** La ambigüedad se da por el hecho de que la pregunta puede sugerir distintas cuestiones que se intenta indagar.
- **Preguntas vagas.** La vaguedad se da por la amplitud o falta de claridad en la pregunta.
- **Preguntas compuestas.** Cuando la pregunta contiene en realidad más de una interrogante, es decir, son preguntas que incorporan en su contenido varias afirmaciones, cada una de las cuales debe ser objeto de una pregunta independiente. Ejemplo: ¿Y usted fue de vacaciones al Caribe luego de que le notificaron la quiebra?



- **Preguntas repetidas.** Son objetables porque ya han sido preguntadas y contestadas en el juicio; habiendo el riesgo de la capciosidad, debido que, en el fondo, lo que se pretende obtener con estas preguntas es que el testigo en algún momento y frente a la diversidad de preguntas orientadas a obtener la misma información, cometa un error y se contradiga con su declaración anterior.
- **Otras preguntas de corte tendenciosa;** ininteligible; especulativa; argumentativa; que vulneran la excepción de declarar; referidas a un testimonio de oídas; que tergiversen la prueba; perentorias; que incluyen amenazas, coacciones o premios; que tiendan a ofender al declarante.

Por otro lado, la objeción debe ser planteada tan pronto como sea formulada la pregunta impugnada y antes de que comience la respuesta del respectivo testigo. El momento, por lo tanto, es una fracción de segundo que supone que el abogado está absolutamente compenetrado con la labor que realiza su contraparte.

Sin embargo, no siempre será conveniente plantear una objeción; imagínese aquel escenario donde el examinador y el examinado están en un set de preguntas que, a pesar que están siendo pésimamente estructuradas, las respuestas que se dan son favorables a la estrategia de la contraparte. En ese sentido, sería un error de este último cortar esa carrera con objeciones que más que ayudar, perjudicarán.

Asimismo, planteada una objeción, quien lo presenta debe estar preparado para la respectiva argumentación, y la otra parte, lista para defender su pregunta. Luego, el juzgador debe tener la suficiente discrecionalidad razonable para decidir sobre la objeción planteada; ello, en función de no favorecer a una de las partes, sino como moderador, tener el suficiente tino que el interrogatorio no se está llevando en forma deshonesto, tratándose de obtener la información de manera indebida. Por último, lo que resuelva el juzgador no admitirá recurso alguno.

II. EL EXAMEN DE PERITOS

Al igual que en los testigos, los peritos, en la audiencia del juicio oral, pueden pasar por las siguientes estaciones de preguntas:

- Interrogatorio o examen directo.
- Contrainterrogatorio o contraexamen.
- Reinterrogatorio o reexamen.



- Recontrainterrogatorio o recontrá-examen.
- Interrogatorio del juez o tribunal del juicio oral.

En este apartado, analizaremos cada una de estas modalidades de examinar a los peritos durante la audiencia de debate oral.

1. El interrogatorio de peritos

El interrogatorio o examen directo de peritos es aquel realizado por la parte quien propuso u ofreció al testigo; por lo que queda sometido a las reglas y recomendaciones dadas para el interrogatorio o examen directo de testigos. Sin embargo, hay ciertas peculiaridades que se deben indicar.

En primer lugar, a diferencia del interrogatorio de testigos, el de peritos empieza con la exposición y contenido del informe pericial. Luego, solo a partir de este informe, el perito se somete a las preguntas tanto del examen, y como veremos, luego del contraexamen.

En segundo lugar, y de acuerdo con el principio de idoneidad del perito que se mencionó anteriormente, las primeras preguntas del examen directo deben girar en torno a establecer la experticia del perito, que legitime su declaración, es decir, debe acreditarse al perito como una fuente de información confiable; ya sea apuntando al grado de conocimientos que posee, o bien, en su experiencia. En el primer caso, las preguntas deben dirigirse hacia elementos como sus estudios, su maestría o doctorado, sus publicaciones e investigaciones, etc. En el segundo caso, las preguntas se dirigirán a las actividades que ha desempeñado, durante cuantos años, a la cantidad de ocasiones en que ha participado en situaciones como las que son materia de prueba, etc.

En tercer lugar, a la hora de obtener la declaración del perito en el juicio, no se debe emplear preguntas orientadas en forma cronológica, por la sencilla razón de que el perito no ha sido testigo presencial de los hechos. Por el contrario, debe estructurarse el examen directo de peritos en forma temática; es decir, tendiente a cubrir las distintas conclusiones y los procedimientos llevados adelante para arribar a estas.

En cuarto lugar, el examinador debe tener presente que, a la hora que el perito está respondiendo a las preguntas, va a utilizar un lenguaje técnico, según su experticia (grado de conocimiento y experiencia); por lo que el desafío está en hacer que este experto pueda explicar lo mismo en términos que sean claros para todos. A continuación, señalamos un ejemplo brindado por Baytelman/Duce:



- P: Doctor Martínez, usted nos acaba de decir que le fueron entregadas dos muestras, una recogida del auto del acusado y otra de la alfombra de la víctima. ¿Qué exámenes practicó sobre ellas?
- R: Bueno, se practicó la prueba Diocipren 19.
- P: ¿En qué consiste esa prueba?
- R: Consiste en el análisis químico de las muestras en que se les aplica sulfatos nítricos, a fin de determinar su idoneidad biológica.
- P: ¿Qué significa esto de que le “apliquen sulfatos nítricos”?
- R: Bueno, en palabras simples, se trata de un químico que se vierte en la muestra, que produce una reacción que permite identificar la composición química de esos elementos.
- P: ¿Y a qué se refiere cuando dice “idoneidad biológica”?
- R: Es el término técnico que ocupamos para decir que dos muestras distintas corresponden a la misma identidad física.
- P: Si entiendo bien doctor, eso quiere decir que si hay idoneidad biológica en dos muestras, ¿ellas corresponden a un mismo cuerpo?
- R: Exactamente, es eso lo que quiere decir idoneidad biológica.
- P: Doctor quisiera que ahora...

Se debe tener presente que la rimbombancia de palabras técnicas pueda no significar nada ante los oídos del juzgador.

En quinto lugar, se debe tener presente que de la declaración de peritos, a diferencia de los testigos legos, se busca obtener opiniones y conclusiones, y a ello deben de orientarse las preguntas, desde las abiertas, pasando por las de transición y terminando por las cerradas.

2. El contrainterrogatorio de peritos

Igual, como en el caso del contraexamen de testigos, aquí lo que se busca es restar credibilidad a lo informado por el perito de la parte adversaria; sin embargo, ello importa adentrarse a los conocimientos especializados de este, a fin de poder dirigir el contra examen. Ello supondrá en muchas ocasiones la necesidad de estudiar aspectos de la disciplina del experto o asesorarse por otro experto de la misma disciplina que pueda orientar el trabajo en el contraexamen, revisar aquello que el perito ha escrito sobre el tema, etc.; por ende, es una actividad compleja y complicada.

A continuación se sugieren las siguientes líneas de contraexamen de peritos:



- Que el perito no tiene las calificaciones o experiencia que se habían sugerido en el examen directo. Ejemplo, el perito, que ha realizado el examen físico de la víctima de un robo, ha sido examinado, también por el estado psicológico de esta, cuando ello pertenece a una disciplina científica distinta.
- Que el perito no es fiel a su ciencia, dado que las conclusiones que obtiene contravienen aspectos consensuados en su disciplina; es decir, no ha empleado los procedimientos acreditados y considerados idóneos en su área para obtener conclusiones.

Al respecto, para graficar lo señalado, se describe un extracto de una jurisprudencia chilena: “De otra manera se desestima la prueba científica, solo en el sentido que no es vinculante como evidencia respecto de imputado González Rodríguez, puesto que no fue adecuadamente obtenida del sitio del suceso, en su origen, con su resguardo de conservación o custodia, para afirmar necesariamente que le pertenecían al enjuiciado Cristian González”⁹.

3. El reinterrogatorio de peritos

Aquí también se presenta la misma lógica que el reexamen de testigos; es decir, terminado el contraexamen, la parte que propuso al perito puede solicitar un nuevo interrogatorio al mismo, con la finalidad de rehabilitar su credibilidad afectado por el contraexamen. Igualmente, debe estructurarse en forma temática y dirigirse a las áreas cubiertas por el contraexamen.

4. El recontrainterrogatorio de peritos

Igualmente, al término del reexamen, la parte contraria puede solicitar un nuevo interrogatorio al perito, a fin de demostrar, bien la ligereza de las explicaciones dadas por el perito durante el reexamen, con respecto a la credibilidad de su declaración; o bien, lograr que el perito se reafirme en las inconsistencias detectadas durante el contra examen.

5. Interrogatorio de peritos por parte del juez o tribunal del juicio oral

Al igual que en el interrogatorio de testigos, solo el juez o tribunal del juicio oral puede examinar al perito, en forma excepcional y para tocar algún tema no tratado durante el examen directo, contraexamen, reexamen o en el recontraexamen.

⁹ Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Copiapó (Chile). RUC 0700681328-8, RIT 45-2008, considerando décimo tercero.



Artículo 382. Prueba material

1. *Los instrumentos o efectos del delito, y los objetos o vestigios incautados o recogidos, que obren o hayan sido incorporados con anterioridad al juicio, siempre que sea materialmente posible, serán exhibidos en el debate y podrán ser examinados por las partes.*
2. *La prueba material podrá ser presentada a los acusados, testigos y peritos durante sus declaraciones, a fin de que la reconozcan o informen sobre ella.^(*)*

() Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983, publicado el 22-07-2007.*

Artículo 383. Lectura de la prueba documental

1. *Sólo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:*
 - a) *Las actas conteniendo la prueba anticipada;*
 - b) *La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;*
 - c) *Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;*
 - d) *Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,*
 - e) *Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.*
2. *No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de ésta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.*
3. *La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.*

Artículo 384. Trámite de la oralización

1. *La oralización tendrá lugar cuando, indistintamente, lo pida el Fiscal o los Defensores. La oralización se realizará por su orden, iniciándola el Fiscal, continuándola el abogado del actor civil y del tercero civil, y culminando el abogado del acusado. Quien pida oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil.*
2. *Cuando los documentos o informes fueren muy voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra. De igual manera, se podrá prescindir de la reproducción total de una grabación, dando a conocer su contenido esencial u ordenándose su lectura o reproducción parcial.*
3. *Los registros de imágenes, sonidos o en soporte informático podrán ser reproducidos en la audiencia, según su forma de reproducción habitual.*
4. *Una vez que se concluya la lectura o reproducción de los documentos, el juzgador concederá la palabra por breve término a las partes para que, si consideran necesario, expliquen aclaren, refuten o se pronuncien sobre su contenido.*

Artículo 385. Otros medios de prueba y prueba de oficio

1. *Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se ha realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.*
2. *El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.*
3. *La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible.*



COMENTARIO:

**LAS PRUEBAS DE OFICIO EN EL NUEVO
CÓDIGO PROCESAL PENAL**

PEDRO ANGULO ARANA*

I. INTRODUCCIÓN

Hasta antes de la dación del Nuevo Código Procesal Penal (NCPP), el tema de la inclusión en el mismo de facultades al juez para que pudiera actuar pruebas de oficio, motivó a que se expresaran diversas opiniones, reflejando los discordantes puntos de vista que existen en la doctrina. La polémica terminó con la dación del nuevo Código Adjetivo que aprobó la figura de la actuación excepcional de pruebas de oficio, sin que, por ello, se hayan dejado de escuchar o leer las voces críticas que todavía lamentan aquella permisión, como el yerro que no permitirá desarrollar un proceso verdaderamente adversarial¹.

De cualquier modo, el grueso de la polémica se trasladó, con la promulgación del NCPP y su puesta en vigencia, en los primeros distritos judiciales, a la mejor forma de interpretar la figura mencionada, para generar una práctica plausible.

Así es que las temáticas, ahora aparecen constituidas por las condiciones de hecho que, de presentarse, deberían motivar a la actuación de pruebas de oficio, la necesidad de que los jueces autorregulen su propia facultad o que traten de ejercerla casi nunca.

Hemos abordado el tema, desde los principios y fundamentos de valor que encierra esta facultad concedida al juez, conforme a las grandes líneas de política procesal contenidas en el nuevo Código Adjetivo, que fundamentalmente tiene que considerar la suerte de los justiciables, y poner en función de ellos y de la justicia, los principios y la estructura del proceso y no al revés².

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Penal en la USMP, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la AMAG.

1 BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Principios rectores del nuevo Código Procesal Penal Peruano", en: *Nuevo Proceso penal*, estudios fundamentales; Cubas Villanueva, Víctor y otros. Palestra, Lima, 2005, p. 53.

2 ANGULO ARANA, Pedro. "Proceso Penal y búsqueda de la verdad", en: *Actualidad Jurídica*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 63.



En procura de ofrecer un primer estudio, respecto a la norma que concede tal facultad a los jueces que dirigen el debate (artículo 385) y la última fase del proceso penal, es que venimos a dar luz a las siguientes líneas.

II. CONCEPTO

El concepto de pruebas de oficio alude específicamente a las pruebas que, dentro del juicio oral, son actuadas por iniciativa y disposición del juez individual o del colegiado, luego del periodo probatorio regular, cuando se requirieran mayores esclarecimientos.

Tal género de actuación de pruebas resulta natural dentro de la tradición europea continental que dio origen al modelo procesal penal mixto (a partir de Francia), sea con tendencia hacia lo inquisitivo (Alemania, Italia, España de la pre-guerra) o lo acusatorio (Alemania e Italia de la Post guerra y España de la época Post franquista).

Ello es así, porque en la tradición mencionada, y al margen de sus vaivenes políticos, ha subsistido la concepción ideológica del Estado Social de Derecho, que considera que los pronunciamientos de fondo³ de los jueces deben tener como elemento previo el mayor acercamiento posible a la verdad de los hechos y en procura de ello, se les faculta a actuar pruebas de oficio, para resolver en justicia.

En el modelo procesal penal anglosajón, existente en Gran Bretaña y los Estados Unidos, presidido por una concepción individualista y liberal del Estado, desde siempre el proceso penal opuso a la persona agraviada contra el acusado, bajo un ejercicio privado de la acción penal⁴.

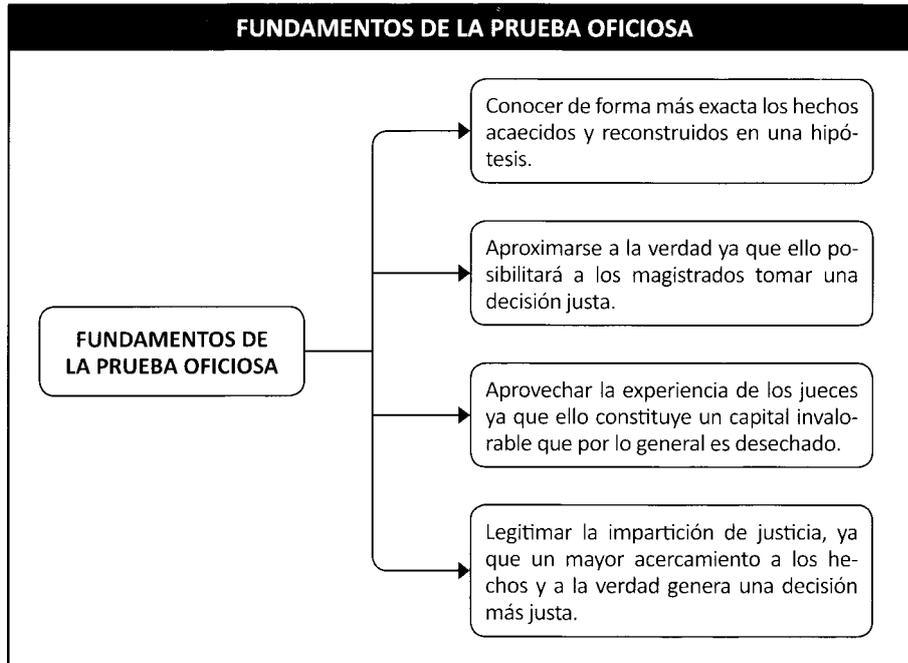
Así es que, cuando se creó la figura europeo continental (originalmente) de los fiscales, entre los anglosajones y sus herederos, el novísimo fiscal quedó sometido a principios y el desenvolvimiento propio de una parte material (en el conflicto penal) tal como el dispositivo, con sus secuelas de libre negociación y principio de oportunidad no reglado.

La tradición de este último modelo es así de índole acusatoria y adversarial, en tanto los únicos que actuaban pruebas eran las partes materiales y nunca los jueces; concepción y modelo muy criticado en tales países, por

3 TARUFFO, Michele. "Consideraciones sobre prueba y verdad", en: *La Prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 181. GÖSSEL Karl Heinz, *El Defensor en el Proceso penal*, Temis, Bogotá DC, 1989.

4 MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Legis, Bogotá DC, 2006, p. 131.

cierto, donde actualmente aparece ello mismo en retroceso, por estarse recepcionando elementos del modelo europeo continental.



III. FUNDAMENTO

Habida cuenta de la polémica que se desató en nuestro país, respecto del tema que tratamos, justo es reconocer que la norma aprobada, de ningún modo ha obedecido al capricho de sus autores, sino a un análisis previo, tan profundo como mesurado de nuestra realidad.

En tal sentido, el mismo artículo 385 del nuevo Código, ofrece los fundamentos, conforme a los cuales se decidió facultar a los jueces, para actuar pruebas de oficio.

1. El mejor conocimiento de los hechos

Conocer lo más exactamente posible, los hechos acaecidos y que reconstruidos en una hipótesis, resultan imputados al acusado por el fiscal, constituye una necesidad imperiosa.

Y si bien aquellos se presentan de modo claro, en la acusación inicial, constituyendo ello una garantía, no es menos cierto que a resultados del

juicio oral, durante la fase probatoria, en vez de haberse esclarecido los mismos, podría ocurrir que se hubieran generado confusiones.

Ello es así, precisamente, porque una posibilidad estratégica de la defensa es destacar las imprecisiones, errores, olvidos o vacíos, entre otras cosas, en la teoría del caso fiscal; y, en sentido contrario, el fiscal podría haber remarcado lo mismo, en la contrahistoria presentada por la defensa, que aparentaba ser creíble.

A partir de los ejercicios mencionados es que se puede presentar una duda o varios temas para preguntar, pues: "El problema de fondo es establecer si los eventuales pequeños errores o contradicciones pueden comprometer la validez probatoria del relato"⁵.

Ciertamente a quienes debe intrigar sobremanera el sentido que tendrán las respuestas, es a los magistrados que decidirán sobre el fondo, lo cual podría requerir actuaciones que, conforme al estadio del proceso, las partes ya no podrían actuar o quizá ni siquiera se habrían dado cuenta de la necesidad de actuarlas.

En resumen, la necesidad de conocer lo más exactamente posible los hechos, vendría a constituir un fundamento para las diligencias que de oficio se han habilitado puede ordenar el juez (artículo 385, inciso 1). Ello en virtud de que el mayor conocimiento de los hechos será determinante para establecer la responsabilidad o la inocencia del acusado.

2. Esclarecimiento de la verdad

Aproximarse lo más posible a la verdad de lo sucedido tiene para los magistrados, que decidirán sobre el fondo, un valor fundamental, en tanto ello posibilitará una decisión justa.

Gómez Colomer lo expresa así: "El fin del proceso penal, entendido como meta (no el objeto del proceso en sentido técnico), debería ser investigar la verdad, la verdad material, es decir, lo que realmente ha ocurrido, para obtener siempre una sentencia justa y castigar al auténtico culpable o absolver al verdaderamente inocente"⁶.

La verdad en términos precisos que se persigue conocer no es una verdad absoluta, totalizadora y ni siquiera histórica. Lo que se persigue,

5 GINZBURG, Carlo. *El juez y el historiador*; Anaya & Mario Muchnik, Madrid, 1993, p. 27.

6 GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. "Estado de Derecho y Policía Judicial Democrática", en: *Proceso penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*; Palestra, Lima, 1999, p. 94.



constituye algo más reducido y que le podemos conceptuar como la verdad atinente o relevante para la decisión de fondo, poseyendo un valor previo para la decisión final.

Tal verdad es evidente que no debe estar en contradicción ni debe ser negada por la verdad concreta o histórica, hasta donde se conozca; y, por ello mismo, estará constituida por una verdad más pequeña, parte de aquellas más grandes, capaz de reconocerse en ellas, siendo sus linderos o retazos pertinentes para el caso penal y, en tal medida, necesaria su reconstrucción instrumental dentro del proceso.

Así es que podría ser imperioso determinar si el acusado estuvo o no en el lugar de los hechos; y si ello puede ser determinado por un testigo que antes no declaró, un documento antes no exhibido, donde ello debe aparecer registrado, o un video antes no visionado, del cual recién se tuvo noticia, el juez debe ordenar dichas actuaciones, para decidir mejor.

Resulta obvio que el NCPP valora el mayor acercamiento a la verdad de lo sucedido y niega que el juez solamente deba pronunciarse a favor del mejor discurso o la mejor oratoria exhibida.

3. Aprovechar la experiencia del juez

La prudencia y las virtudes de los jueces constituyen un capital invaluable que tristemente se pierde en los modelos procesales donde se les prohíbe intervenir, preguntando a los testigos o actuando pruebas de oficio.

El juez, por su profesión, continuamente aparece obligado a contemplar el alma humana, tanto en sus alturas como sus miserias, pasando por las lágrimas, las poses dramáticas, las exageraciones, los encubrimientos y las mentiras; profundizando en descubrir los móviles, los apetitos o los intereses y las circunstancias en que los temores, la pobreza o la timidez no encuentra suficiente voz para protestar y hacer prevalecer la verdad.

¿De qué servirían las extraordinarias capacidades del juez en conocimientos, inteligencia y experiencia si tuviera que constreñírsele a ignorar, callar y tratar de olvidar aquella actuación probatoria que podría lograr el esclarecimiento definitivo de la verdad, y proveer así las condiciones para una sentencia justa?

Un juez que ilustre tanto a la acusación como a la defensa e imparta justicia de verdad, será para cualquier justiciable, más útil que aquel sometido a ignorar sus propias apreciaciones y su conciencia y solo contribuya a “formar” defensores y fiscales, con el alto costo de repetidas injusticias.



4. Legitimar la impartición de justicia

Las decisiones que poseen como insumos: el mayor esclarecimiento de los hechos, el mayor acercamiento a la verdad de lo acontecido, la intervención excepcional del juez para proveer actuaciones probatorias relevantes, ciertamente, por lo dicho, abrazarán condiciones ideales para que las decisiones que ilustran adquieran el halo de lo justo.

El tema es que, entre nosotros, no se ha aprobado que se privilegie y gane el mejor discurso o el mejor relato, que posibilitaría (de modo coherente y proporcional) que el mejor juez sea un lingüista, un orador o un lógico, puesto que no basta el ropaje del discurso bien construido y mejor expresado, sino que se requiere su conexión con la realidad y pruebas concretas.

Lo dicho significa que la actuación profesional del juez debe estar por encima de los cicerones, demóstenes y catones, hurgando en lo que resulta más simple y accesible a todos: en los vestigios, en las evidencias, en los restos materiales y documentos, en las impresiones de los testigos y en la opinión de los peritos que permiten dar forma, orden y coherencia a lo que fue una obra humana.

Finalmente, resulta de mayor interés social satisfacer las ansias de justicia que las ansias de los dogmáticos por ver conseguido en la realidad lo que solo constituye vuelo de su imaginación jurídica, al desconocer de las exigencias humanas.

IV. PRINCIPIOS

Obvio es que tras la facultad de actuar pruebas por parte de los jueces, subsisten principios que orientan y/o exigen, inclusive, tal actuación.

1. Principio de oficialidad

Este principio funciona excepcionalmente, en este caso, facultando a la actuación que realiza el Estado, personificado en los jueces, en procura de mayores y mejores insumos para resolver el conflicto.

Evidentemente, tales insumos están constituidos por información, cuyo peso cualitativo será de primer orden para lograr un mayor esclarecimiento de los hechos y de la verdad.

Así es que este principio se activa en los casos concretos, conforme a la necesidad imperiosa de esclarecimiento que puede surgir desde la perspectiva de la Magistratura Jurisdiccional, en defecto de las actuaciones de la acusación y/o la defensa.



2. Principio de justicia

La justicia, como valor que se pretende alcanzar con el pronunciamiento final de los jueces, se convierte en principio orientador de los esfuerzos que de buena fe tienen que hacerse para alcanzarla.

Así es que el propósito de obtener una resolución justa, exige que se procure el máximo de acercamiento a la verdad, en cuanto aquella fue relevante y se pudiera conseguir, sin afectar gravemente los derechos del justiciable.

Por lo tanto, la necesidad de proveer la mayor información posible motiva a habilitar, excepcionalmente, a los jueces, para que en un estadio extremo del proceso, cuando las partes no podrían hacerlo, por no estar habilitada su actuación o por no haber identificado la necesidad de actuar determinada prueba, aquellos lo hagan, conforme al interés instrumental de alcanzar el mayor acercamiento posible a la verdad.

V. DILIGENCIAS

La norma explícitamente registra dos clases de diligencias que el juez ordenará de oficio, siempre que se presenten las condiciones o requisitos referidos en el artículo 385 inciso 1.

Existiendo la palabra “ordenará” se entiende que la norma refiere una obligación⁷ que tiene el juez de ordenar tales actuaciones, cuando se presenten las condiciones

1. Requisitos

Son las condiciones que deben ocurrir o presentarse para que los jueces ordenen la realización de diligencias de oficio.

1.1. Viabilidad:

Este requisito supone que el juez debe haber analizado y concluido que resulta materialmente posible, en principio, realizar la diligencia y, además, obtener elementos de convicción que serán relevantes para conocer mejor los hechos.

Ello quiere decir que el lugar donde se deberá realizar, cualquiera de las dos diligencias, es accesible, estará bien conservado o habrá sido

7 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino; RABANAL PALACIOS, William y CASTRO TRIGOSO, Hamilton. *El Código Procesal Penal*. Jurista Editores, Lima, 2008, p. 748.



protegido, como para servir por sí mismo para ilustrar sobre los hechos; igualmente, debe considerarse que lo que resulta relevante de conocer no es algo que ya se hubiera perdido en el tiempo.

Se entiende, con absoluta claridad, que la inspección o la reconstrucción de que se trata no será la que se actuó o no se actuó como prueba anticipada (artículo 242 inciso 1 c), puesto que, en cualquiera de ambos casos, por obvias razones ya no será dable actuarla.

1.2. No realización:

Este requisito indica que la diligencia que dispone el juez o el colegiado no debe haber sido realizada con anterioridad, siendo irrelevante para el caso si no fue solicitada o si lo fue y no fue ordenada o si fue ordenada, pero no se actuó por algún motivo.

Así es que, en el caso en comento, simplemente no se realizó antes y resulta posible hacerla, de modo que se habilita al juez para ordenarla.

1.3. Realización insuficiente

Este requisito, constituye un caso diferente al anterior, pues el hecho es que anteriormente sí se actuó la diligencia; sin embargo, de algún modo se ha materializado la insuficiencia de aquella.

Lo dicho implica o que la diligencia se hizo de modo equivocado o con vacíos o defectos o no fue registrada en actas de la forma debida o esto último se hizo con vacíos o errores, de modo que el acta resulta ineficaz.

Así es que la insuficiencia⁸ de la diligencia, en tanto no ofrece como información lo que se hubiera esperado o el dato decisivo y relevante, útil para materializar el pronunciamiento de fondo, es lo que habilita para que nuevamente se haga.

2. Inspección

La inspección señalada en la norma, posibilita que se observe y analice un lugar público o privado para acceder, por ejemplo, a registros que, en juicio oral se podría haber probado, que se presentaron falsificados por el obligado (artículo 188); también podría efectuarse para verificar huellas u otros efectos materiales, en lugares, cosas o personas (artículo

8 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentario al nuevo Código Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2004, p. 81.



192) o para apreciar el tiempo, modo y forma del hecho, así como la circunstancia en que aconteció (artículo 193).

Se entiende que se deseará deslindar la veracidad de las informaciones vertidas, las situaciones físicas de los elementos de convicción, condiciones del lugar, distancias, luminosidad u oscuridad y detalles relevantes en general, etc., y también para efectuar comparaciones, tratando de reproducir entre las condiciones que existieron alrededor de los hechos y sus actores.

3. Reconstrucción

La reconstrucción que refiere la norma, puede tener por finalidad: “verificar si el delito se efectuó, o pudo acontecer, de acuerdo con las declaraciones y demás pruebas actuadas” (artículo 192, inciso 3).

Se aprecia que se deseará determinar la coherencia, posibilidad real, veracidad y otras calidades de lo que se ha declarado por el imputado, testigos y/o peritos, para lo cual se tratarán de reproducir los hechos, tomando atención en las acciones físicas de los actores para contrastar los dichos con las posibilidades reales y los vestigios hallados o los resultados y conclusiones de los peritos que discreparían.



VI. MEDIOS PROBATORIOS NUEVOS

En tanto que la norma que faculta al juez penal a disponer de oficio la actuación de nuevos medios probatorios no resulta restrictiva, en relación con estos últimos, debe comprenderse que se podrá actuar cualquiera de ellos sin limitación alguna (artículo 385 inciso 2).

Así es que todos los reconocidos por el NCPP podrán actuarse, siendo los principales: la confesión (artículo 160), el testimonio (artículo 162), la pericia (artículo 172), el careo (artículo 182), la prueba documental (artículo 184), el reconocimiento (artículo 189), entre otros.

1. Requisitos

Cierto es que esta actuación excepcional de medios de prueba, por parte del juez, en el juicio oral y después de la actuación de pruebas, requiere, además, cualquiera de las dos condiciones:

1.1. Indispensabilidad

Así es que la actuación del medio de prueba en cuestión no puede ser dispensada o eximida, imponiéndose la necesidad de que se actúe de todas maneras, en tanto el propósito de aquella será acceder al conocimiento de alguna verdad en cuestión, definitoria del sentido en que se deberá resolver el proceso.

Tal sentido definitivo (sine qua non) lo da a entender la norma al definir su indispensabilidad, lo cual importa un significado cualitativamente relevante que de ningún modo deberá ser dejado de lado (ante el hecho de que las partes lo ignoraron).

1.2. Manifiesta utilidad

Otra posibilidad que habilita la actuación de oficio del medio de prueba es la evidente o clara, innegable utilidad que debe tener aquel en el esclarecimiento de la verdad.

Aquí la medida es distinta en tanto no es indispensable; pero sí es manifiestamente útil, por lo tanto, no será capaz de definir el tema (tal como una prueba de ADN); pero, sí será útil para sumar elementos de juicio para compulsar con las demás obrantes (tal como un testimonio).

VII. CONDICIONES

Vienen a ser las características o régimen normativo, conforme al cual se deciden y deben ejecutarse las actuaciones probatorias ordenadas de ofi-



cio por el juez, en la etapa final del juicio oral, diferenciándose el caso de las diligencias con el de los medios probatorios.

1. Sin debate

En general, apreciándose los fundamentos (sumamente relevantes) por los cuales se deben actuar las diligencias o medios de prueba y que ello se deja en consideración de los más interesados en la información requerida para resolver en justicia (los jueces), parece lógico que no se haya considerado el debate respecto de tales actuaciones.

Sin embargo, se aprecia que si se habla de un debate previo, en el caso de la actuación de diligencias; aunque de la lectura de la norma y su consideración ajustada a lógica, puede apreciarse que tal debate debe ser aplicable cuando el pedido sea de parte, puesto que para el juez no habría obligación de disponer la actuación que se solicita, cuya necesidad podría no haber considerado, y conforme a la racionalidad del modelo, debe darse la oportunidad de que se le pueda convencer de dicha necesidad y que la otra parte también pueda decir lo que le convenga (conforme al contradictorio).

2. Sin recurso

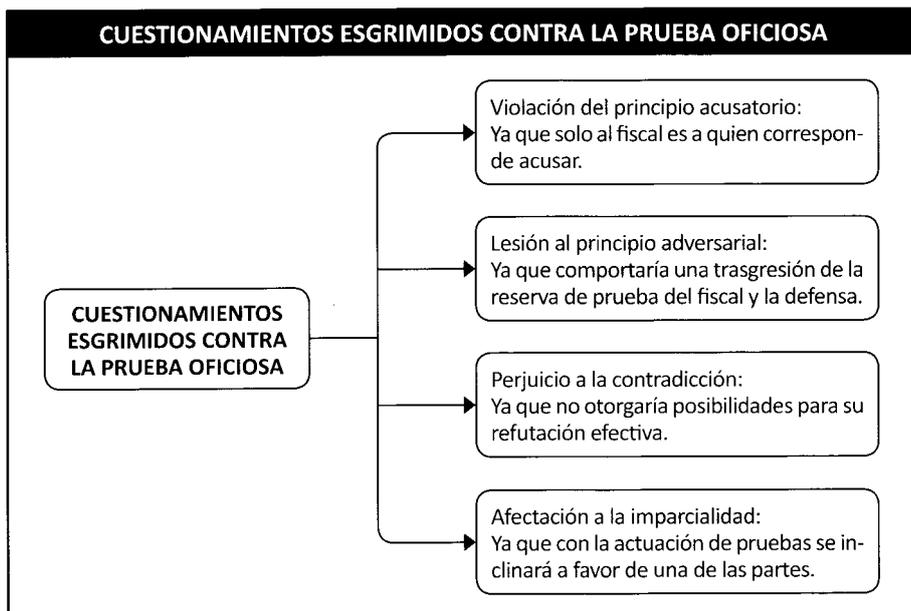
Resulta coherente que si existe suma necesidad de actuar las diligencias o medios de prueba, se faculte al juez para ello, considerando los altos fundamentos que le respaldan, sin que pueda estorbarse procedimentalmente tal actuación, siendo, por ello, que no se darán debates, como se dijo antes y tampoco será recurrible dicha decisión (artículo 385 inciso 3).

3. No reemplazo a partes

Se indica explícitamente una limitación para el juez, en la situación de que estime necesario actuar medios de prueba de oficio, y tal es que el juez penal cuide "(...) de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes" (artículo 385, inciso 2).

Entendemos que lo que no se desea es que el juez desarrolle actuaciones que, cuantitativamente, pudieran dar la impresión de que sustituye a cualquiera de las partes (cantidad de medios de prueba) o que psicológicamente esté subjetivizado. En lo cualitativo no hay problema pues la norma si pretende ello.

Por tanto, la idea es que el juez no tenga que estar interviniendo demasiadas veces, tal como que fuera una parte litigante, a favor de una de las partes, afectando el principio de igualdad.



VIII. CUESTIONAMIENTOS

Como hemos referido, el tema de la actuación de medios probatorios de oficio por el juez en lo penal, en el juicio oral, no es pacífico, debiéndose considerar, principalmente, las siguientes objeciones que analizaremos y respecto de las cuales daremos luego nuestro punto de vista.

1. Violación del principio acusatorio

Esta apreciación crítica se fundamenta en que solo sobre el fiscal pesa una carga probatoria real, en el juicio oral, la misma que asume al acusar y, por ello, le corresponde demostrar los cargos atribuidos.

Asimismo, el principio acusatorio distribuye roles diferentes a los del modelo mixto, conforme al cual, el juez debe ser una figura que solo le cabe resolver, esto es, pronunciarse sobre el fondo, no debiendo intervenir probatoriamente.

En violación de este principio se dice que se saca al juez de su elevada e independiente esfera, pudiendo convertirlo en "un acusador o defensor más"⁹.

9 CÁCERES J.; Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D. *Código Procesal Penal Comentado*. Jurista Editores, Lima, p. 442.



2. Lesión al principio adversarial

En el mismo sentido de lo anterior, el principio adversarial, implica en su puridad, que solo las partes contendientes: el fiscal que acusa y el abogado patrocinador, que defiende, son los habilitados por el modelo, para presentar y actuar las pruebas.

Lo dicho es así porque ellos son los únicos que sostienen pretensiones, conforme a sus hipótesis, teorías o apreciaciones, de modo que también se obligan a probarlas, concibiéndose la existencia de un juez neutral¹⁰.

3. Perjuicio a la contradicción

Se esgrime, también, que dado que las actuaciones probatorias, dispuestas por el juez, son efectuadas en la última hora, causarían lesión a la parte perjudicada por aquellas, dado que ya no podrá actuar contra-pruebas o medios probatorios que podrían enervar a aquellas; significando así una indefensión.

4. Afectación a la imparcialidad del juez

Se estima, finalmente, que la intervención del juez, actuando pruebas de oficio, terminará con la deseable imparcialidad que aquel debe guardar y exhibir respecto de las personas concretas, inculpado o agraviado.

Así es que se dice que el juez, de todos modos se inclinaría finalmente a favorecer a una de las partes, tal cual lo hará la diligencia o el medio probatorio que se actuará.

IX. EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho Comparado son diversos los fundamentos que se han esgrimido, para la actuación de oficio de los jueces, y para su comprensión, alcanzamos algunos:

1. Italia

Allí se ha institucionalizado la iniciativa probatoria del juez, en el artículo 507 del Código Procesal Penal Italiano, en rechazo al modelo anglosajón que se identifica allá con el lema "Que gane el mejor".

Así es que se dice: "Las razones del rechazo de un rígido principio dispositivo están en la naturaleza y en la finalidad del proceso penal, cuya

10 SFERLAZZA. Ob. cit., p. 59.



finalidad es establecer los hechos del delito y la relativa responsabilidad con base en las pruebas; porque las partes en conflicto pueden, en concreto, no ser iguales sobre la capacidad y los medios, el legislador atribuye al juez un poder sustitutivo (de suplencia) que incide sobre la iniciativa probatoria¹¹.

2. España

En España se ha reservado a los jueces la proposición de oficio de la práctica de medios de prueba en el artículo 729, 2 de la Ley Española Criminal, en obsequio a la finalidad del proceso penal, encaminado a la búsqueda de la verdad material.

En dicho país, el cuidado del juez estriba en no ser quien incorpora los hechos al proceso, pues se entiende que ello, solo es tarea del fiscal; así es que se refiere: "Por tanto, vemos que el órgano sentenciador, siempre respecto a los hechos que le hayan aportado las partes, tendrá iniciativa probatoria y realmente no solo como una mera excepción al principio de aportación de parte de los medios de prueba, sino como manifestación del principio de búsqueda de la verdad"¹².

3. Alemania

En la ordenanza procesal alemana aparece consagrado el deber de esclarecimiento que tienen los jueces, plasmado en los parágrafos 155 y 244, 2 STPO, que motiva a que el tribunal de oficio amplíe la práctica de pruebas para hallar la verdad.

En relación con este último valor Gössel expresa: "En la Alemania de la posguerra se comprendió por Estado de Derecho, no la mera sumisión formal de todos los poderes del Estado a la ley, sino que había de conseguirse también el establecimiento de la justicia material como criterio igualitario de medida para la legislación y la jurisprudencia en cada actuación estatal. En mi opinión, solo es imaginable alcanzar una decisión judicial materialmente justa cuando se han constatado los hechos con-

11 SFERLAZZA, Ottavio. *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2005, p. 71. La ley del Código Procesal fue promulgada el 24.10.88 y entró en vigencia un año después.

12 BUJOSA VADELL, Lorenzo M. "Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español", en: *Derecho Penal Contemporáneo*. Revista Internacional N° 9, Legis, Bogota, 2004, p. 74.



forme a la verdad (relativo - objetiva) en la máxima medida que ha sido posible al órgano jurisdiccional”¹³.

Para Tiedemann, la opción por los modelos y sistemas resulta compleja y obedece a factores inclusive socioeconómicos¹⁴.

4. Portugal

Respecto de este país se nos dice: “El Código procesal Penal portugués contempla expresamente en la Ley Autorizadora de la reforma –artículo 2 donde figura el sentido y la extensión que debe tener– la finalidad de establecimiento de la máxima acusatoriedad del proceso, atemperada por la investigación oficial”¹⁵.

Lo dicho se aprecia en el artículo 430 del Código Procesal Penal Portugués.

5. En Latinoamérica

Entre los países latinoamericanos se advierte que prima el interés público en los fines del proceso, comprendidos los intereses de los justiciables, pretendiéndose únicamente la condena del culpable, tanto como la absolución del inocente, dejándose la posibilidad de que el juez actúe pruebas de oficio.

En el Código Procesal Penal de Argentina, de 1991, se faculta al juez para que disponga de oficio, la inspección del lugar donde ocurrieron los hechos, cuando ello fuere necesario. Igualmente se faculta a disponer de oficio reconocimientos y careos (artículo 387).

Asimismo, la norma adjetiva argentina faculta al juez a ordenar la recepción de nuevas pruebas, cuando aquellas fueran manifiestamente útiles u otras que se hicieran indispensables (artículo 388).

13 GÖSEL, Kael-Heinz. *El Proceso penal, ante el Estado de Derecho*; Grijley, Lima, 2004, p. 161. “Ciertamente el modelo ‘acusatorio’, es principalmente de carácter liberal, y en él se considera al inculpado como persona autónoma y dotada de derechos cuyo ejercicio, sin embargo, depende del inculpado mismo y de la defensa, la cual, consecuentemente, debe ser fuerte, eficaz y gratuita; el modelo ‘inquisitivo’ (reformado), por el contrario, hará recaer sobre el juez, no únicamente la labor de buscar la verdad objetiva, sino también el deber de velar por las garantías que la ley ofrece al imputado, de manera que la necesidad de una buena defensa es menor y las diferencias sociales tienen menos peso. La elección entre estos sistemas entonces, dependerá en gran medida, de la condición de experiencias históricas, y del estatus social financiero y económico de un Estado respecto de otro”.

14 TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y el Derecho Penal*. Palestra, Lima, 2003, pp. 151-152.

15 AUMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y Derecho Penal*. Bosch, Barcelona, 1995, p. 68.



En el caso de Ecuador, en el Código de Procedimientos Penales del 2000, se faculta al presidente a ordenar por sí que los testigos y peritos amplíen sus declaraciones (artículo 300); y además se dispone que podrá llamar a nuevos testigos y ordenar exhibiciones de objetos y documentos (artículo 301).

En Venezuela, el Código Orgánico Procesal determina que de modo excepcional el tribunal podrá ordenar de oficio la recepción de cualquier prueba, relacionada a hechos o circunstancias que requieren esclarecerse (artículo 360), debiendo cuidar el juez de no reemplazar a las partes.

Tanto en El Salvador como en Guatemala, si durante la deliberación el tribunal considera absolutamente necesario recibir pruebas podrá re-
aperturar la audiencia. En el caso de El Salvador, aquellas deben remitirse a hechos nuevos y deben ser absolutamente necesarias de actuar (artículo 355). En Guatemala se actuarán nuevas pruebas o se ampliarán las ya incorporadas (artículo 384).

En el caso chileno, la norma indica que se concede facultad de oficio para que el tribunal se constituya en lugar distinto a la sala de audiencias, para apreciar circunstancias relevantes del caso (artículo 337).

En el caso de Colombia, la norma prohibitiva se ha dado a nuestro entender, por desconocimiento del modelo norteamericano, evidenciado ello por la misma Corte Constitucional de Colombia¹⁶ y se aprecia un notable esfuerzo académico por eliminar la norma que se considera equivocada¹⁷, así como recursos ante la Corte Constitucional que lamentablemente han sido desoídos, a pesar de lo razonable de los argumentos presentados¹⁸.

X. NUESTRA OPINIÓN

Entendemos, por nuestro lado, que nuestro modelo se inserta dentro de una sociedad con valores y tradiciones distintas al anglosajón, de modo

16 MUÑOZ NEIRA. Ob. cit., p. 125. Es el caso de la ponencia que se hizo sentencia SU-159 del 2002.

17 Ver PARRA QUIJANO, Jairo. *Racionalidad e Ideología en las pruebas de oficio*. Temis, Bogotá, 2004.

18 Ver la Sentencia C-396/07, de fecha 23 de Mayo del 2007, en el Expediente D-6482, que declaró exequible el artículo 361 de la Ley N° 906 del 2004, en <http://gavillan1.blogspot.com/2007/07/pruebas-de-oficio.html>.



que no poseemos la ideología de un Estado liberal que privilegia el individualismo.

Por lo dicho, entre nosotros, no se ha aprobado un modelo procesal penal acusatorio y adversarial puro, de modo que el juez se presente, efectivamente, como una figura absolutamente descomprometida con los fines del proceso penal.

La neutralidad implicaría que el juez carece de interés en lo que se discute y, por ende, le será indiferente que se discuta más o menos y/o que temas se aborden, pues ni siquiera debe pensar o considerar lo que sería relevante o útil. Ello, solo es compatible con un juez que no decide sobre los hechos y solo decide la pena (en Estados Unidos, el jurado decide sobre los hechos, salvo que el justiciable se someta en dicho aspecto al juez, lo que ocurre muy excepcionalmente).

Por nuestro lado, consideramos que a nuestro juez sí le interesa que se extraiga y ofrezca el máximo de información posible, que no se desatiendan temas concretos y que se logre el mayor acercamiento a la verdad posible, para que pueda decidirse en justicia.

La idea es que al fiscal le corresponde acusar y probar su acusación en el juicio oral (artículo IV, inciso 1 del título preliminar); sin embargo, subsisten valores que debe solventar el proceso penal que sí le interesan al juez, para dar paso a su mejor decisión, en conciencia y justicia.

Respecto al tema contradictorio, lo cierto es que el juez toma una iniciativa y de hecho, tanto el fiscal como el defensor, tendrán el uso de la palabra y total libertad para expresar lo que consideren relevante y actuar contradictoriamente, según les convenga, en relación con la diligencia dispuesta.

Igualmente, ante la actuación de nuevos medios de prueba, no parece que se impedirá a ninguno de los actores referir cuando tengan que decir y/o contrariar, conforme a lo actuado: careo con el nuevo testigo, un testigo anterior o su contradicción, presentándole documentos que desprendieran lo contrario a lo que sostenga.

XI. CONCLUSIONES

1. La actuación de pruebas de oficio ha sido aprobada en nuestro Código Procesal Penal, como una facultad de los jueces, que deben usar de modo excepcional.
2. La norma ha facultado, específicamente, a los jueces para ordenar inspecciones y reconstrucciones y de modo general cualquier actuación de medios de prueba.



3. El fundamento general para haber otorgado dicha facultad radica en nuestra ideología occidental, formada bajo la influencia de los países europeo-continetales, diferenciados de la ideología liberal e individualista anglosajona.
4. Particularmente, en lo procesal, el fundamento para tales actuaciones excepcionales radican en la búsqueda del mayor conocimiento de los hechos y el esclarecimiento de la verdad, en defecto de las actuaciones de la acusación y/o de la defensa.
5. Para que se habilite la actuación de pruebas de oficio se requiere como estándar que la actuación que se ordena realizar sea indispensable para esclarecer los hechos o manifiestamente útil para acceder a la verdad.
6. El juez debe cuidar, como límite para su actuación, de no actuar pruebas de modo cualitativo, ofreciendo la impresión de que reemplaza a algunas de las partes.
7. Las críticas que se efectúan contra la facultad del juez aparecen muy principistas y respetuosas del dogma de la imparcialidad y los principios; sin embargo, el otorgamiento de la facultad tiene como propósito que la decisión de fondo sea justa.



TÍTULO V LOS ALEGATOS FINALES

Artículo 386. Desarrollo de la discusión final

1. *Concluido el debate probatorio, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:*
 - a) *Exposición oral del fiscal;*
 - b) *Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;*
 - c) *Alegatos del abogado defensor del acusado;*
 - d) *Autodefensa del acusado.*
2. *No podrán leerse escritos, sin perjuicio de la lectura parcial de notas para ayudar a la memoria o el empleo de medios gráficos o audiovisuales para una mejor ilustración al juez.*
3. *Si está presente el agraviado y desea exponer, se le concederá la palabra, aunque no haya intervenido en el proceso. En todo caso, corresponderá la última palabra al acusado.*
4. *El juez penal concederá la palabra por un tiempo prudencial en atención a la naturaleza y complejidad de la causa. Al finalizar el alegato, el orador expresará sus conclusiones de un modo concreto. En caso de manifiesto abuso de la palabra, el juez penal llamará la atención al orador y, si este persistiere, podrá fijarle un tiempo límite en el que indefectiblemente dará por concluido el alegato.*
5. *Culminada la autodefensa del acusado, el juez penal declarará cerrado el debate.^(*)*

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

Artículo 387. Alegato oral del Fiscal

1. *El Fiscal, cuando considere que en el juicio se han probado los cargos materia de la acusación escrita, la sustentará oralmente, expresando los hechos probados y las pruebas en que se fundan, la calificación jurídica de los mismos, la responsabilidad penal y civil del acusado, y de ser el caso, la responsabilidad del tercero civil, y concluirá precisando la pena y la reparación civil que solicita.*
2. *Si el Fiscal considera que del juicio han surgido nuevas razones para pedir aumento o disminución de la pena o la reparación civil solicitadas en la acusación escrita, destacará dichas razones y pedirá la adecuación de la pena o reparación civil. De igual manera, en mérito a la prueba actuada en el juicio, puede solicitar la imposición de una medida de seguridad, siempre que sobre ese*

extremo se hubiera producido el debate contradictorio correspondiente.

3. *El Fiscal, en ese acto, podrá efectuar la corrección de simples errores materiales o incluir alguna circunstancia, siempre que no modifique esencialmente la imputación ni provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria.*
4. *Si el Fiscal considera que los cargos formulados contra el acusado han sido enervados en el juicio, retirará la acusación. En este supuesto el trámite será el siguiente:*
 - a) *El Juzgador, después de oír a los abogados de las demás partes, resolverá en la misma audiencia lo que corresponda o la suspenderá con tal fin por el término de dos días hábiles.*
 - b) *Reabierto la audiencia, si el Juzgador está de acuerdo con él requerimiento del Fiscal, dictará auto dando por retirada la acusación, ordenará la libertad del imputado si estuviese preso y dispondrá el sobreseimiento definitivo de la causa.*
 - c) *Si el Juzgador discrepa del requerimiento del Fiscal, elevará los autos al Fiscal jerárquicamente superior para que decida, dentro del tercer día, si el Fiscal inferior mantiene la acusación o si debe proceder con arreglo al literal anterior.*
 - d) *La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador.*

Artículo 388. Alegato oral del actor civil

1. *El abogado del actor civil argumentará sobre el agravio que el hecho ha ocasionado a su patrocinado, demostrará el derecho a la reparación que tiene su defendido y destacará la cuantía en que estima el monto de la indemnización, así como pedirá la restitución del bien, si aún es posible, o el pago de su valor.*
2. *El abogado del actor civil podrá esclarecer con toda amplitud los hechos delictuosos en tanto sean relevantes para la imputación de la responsabilidad civil, así como el conjunto de circunstancias que influyan en su apreciación. Está prohibido de calificar el delito.*

Artículo 389. Alegato oral del abogado del tercero civil

1. *El abogado del tercero civil podrá negar la existencia del hecho delictivo atribuido al acusado, o refutar la existencia de la responsabilidad civil solidaria que le atribuye la acusación o el actor civil, o la magnitud del daño causado y el monto de la indemnización solicitada.*
2. *El abogado del tercero civil podrá referirse íntegramente al hecho objeto de imputación y, sin cuestionar el ámbito penal de la*



misma, resaltar la inexistencia de los criterios de imputación de derecho civil.

Artículo 390. Alegato oral del abogado defensor del acusado

- 1. El abogado defensor del acusado analizará los argumentos de la imputación en cuanto a los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y grado de participación que se atribuye a su patrocinado, la pena y la reparación civil solicitadas, y si fuere el caso las rebatirá.*
- 2. Concluirá su alegato solicitando la absolución del acusado o la atenuación de la pena, o de ser el caso cualquier otro pedido que favorezca a su patrocinado.*

Artículo 391. Autodefensa del acusado

- 1. Concluidos los alegatos orales, se concederá la palabra al acusado para que exponga lo que estime conveniente a su defensa. Limitará su exposición al tiempo que se le ha fijado y a lo que es materia del juicio. Si no cumple con la limitación precedente se le podrá llamar la atención y requerirlo para que concrete su exposición.*
- 2. Si el acusado incumple con la limitación impuesta, se dará por terminada su exposición y, en caso grave, se dispondrá se le desaloje de la Sala de Audiencias. En este último supuesto, la sentencia podrá leerse no estando presente el acusado pero estando su defensor o el nombrado de oficio, sin perjuicio de notificársele con arreglo a Ley.*

**TÍTULO VI
LA DELIBERACIÓN Y LA SENTENCIA**

Artículo 392. Deliberación

- 1. Cerrado el debate, los jueces pasarán, de inmediato y sin interrupción, a deliberar en sesión secreta.*
- 2. La deliberación no podrá extenderse más allá de dos días, ni podrá suspenderse por más de tres días en caso de enfermedad del juez o de alguno de los jueces del Juzgado Colegiado. En los procesos complejos el plazo es el doble en todos los casos previstos en el párrafo anterior.*
- 3. Transcurrido el plazo sin que se produzca el fallo, el juicio deberá repetirse ante otro Juzgado, sin perjuicio de las acciones por responsabilidad disciplinaria que correspondan.*

4. *Las decisiones se adoptan por mayoría. Si ésta no se produce en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime.*

Artículo 393. Normas para la deliberación y votación

1. *El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.*
2. *El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.*
3. *La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones:*
 - a) *Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento;*
 - b) *Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias;*
 - c) *Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho;*
 - d) *La calificación legal del hecho cometido;*
 - e) *La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella;*
 - f) *La reparación civil y consecuencias accesorias; y,*
 - g) *Cuando corresponda, lo relativo a las costas.*

Artículo 394. Requisitos de la sentencia

La sentencia contendrá:

1. *La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado;*
2. *La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado;*
3. *La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique;*
4. *Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar*



jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo;

5. *La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito;*
6. *La firma del Juez o Jueces.*

Artículo 395. Redacción de la sentencia

Inmediatamente después de la deliberación, la sentencia será redactada por el Juez o el Director del Debate según el caso. Los párrafos se expresarán en orden numérico correlativo y referentes a cada cuestión relevante. En la redacción de las sentencias se pueden emplear números en la mención de normas legales y jurisprudencia, y también notas al pie de página para la cita de doctrina, bibliografía, datos jurisprudenciales y temas adicionales que sirvan para ampliar los conceptos o argumentos utilizados en la motivación.

Artículo 396. Lectura de la sentencia

1. *El Juez Penal, Unipersonal o Colegiado, según el caso, se constituirá nuevamente en la Sala de Audiencias, después de ser convocadas verbalmente las partes, y la sentencia será leída ante quienes comparezcan.*
2. *Cuando por la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora sea necesario diferir la redacción de la sentencia, en esa oportunidad se leerá tan sólo su parte dispositiva y uno de los jueces relatará sintéticamente al público los fundamentos que motivaron la decisión, anunciará el día y la hora para la lectura integral, la que se llevará a cabo en el plazo máximo de los ocho días posteriores al pronunciamiento de la parte dispositiva ante quienes comparezcan.*
3. *La sentencia quedará notificada con su lectura integral en audiencia pública. Las partes inmediatamente recibirán copia de ella.*

Artículo 397. Correlación entre acusación y sentencia

1. *La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezcan al imputado.*
2. *En la condena, no se podrá modificar la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación o su ampliatoria, salvo que el Juez Penal haya dado cumplimiento al numeral 1) del artículo 374.*



3. *El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.*

Artículo 398. Sentencia absolutoria

1. *La motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente la existencia o no del hecho imputado, las razones por las cuales el hecho no constituye delito, así como, de ser el caso, la declaración de que el acusado no ha intervenido en su perpetración, que los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma, o que está probada una causal que lo exime de responsabilidad penal.*
2. *La sentencia absolutoria ordenará la libertad del acusado, la cesación de las medidas de coerción, la restitución de los objetos afectados al proceso que no estén sujetos a comiso, las inscripciones necesarias, la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que generó el caso, y fijará las costas.*
3. *La libertad del imputado y el alzamiento de las demás medidas de coerción procesal se dispondrán aún cuando la sentencia absolutoria no esté firme. De igual modo, se suspenderán inmediatamente las órdenes de captura impartidas en su contra.*

Artículo 399. Sentencia condenatoria

1. *La sentencia condenatoria fijará, con precisión, las penas o medidas de seguridad que correspondan y, en su caso, la alternativa a la pena privativa de libertad y las obligaciones que deberá cumplir el condenado. Si se impone pena privativa de libertad efectiva, para los efectos del cómputo se descontará, de ser el caso, el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país.*
2. *En las penas o medidas de seguridad se fijará provisionalmente la fecha en que la condena finaliza, descontando los períodos de detención o prisión preventiva cumplidos por el condenado. Se fijará, asimismo, el plazo dentro del cual se deberá pagarla multa.*
3. *En tanto haya sido materia de debate, se unificarán las condenas o penas cuando corresponda. En caso contrario se revocará el beneficio penitenciario concedido al condenado en ejecución de sentencia anterior, supuesto en el que debe cumplir las penas sucesivamente.*



4. *La sentencia condenatoria decidirá también sobre la reparación civil, ordenando –cuando corresponda– la restitución del bien o su valor y el monto de la indemnización que corresponda, las consecuencias accesorias del delito, las costas y sobre la entrega de los objetos secuestrados a quien tenga mejor derecho para poseerlos.*
5. *Leído el fallo condenatorio, si el acusado está en libertad, el Juez podrá disponer la prisión preventiva cuando haya bases para estimar razonablemente que no se someterá a la ejecución una vez firme la sentencia.*

Artículo 400. Responsabilidad de persona no comprendida en el proceso o comisión de otro delito

1. *Si de las pruebas actuadas resultara que un testigo ha declarado falsamente o se infiere responsabilidad penal de cualquier otra persona no comprendida en el proceso o se descubre otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo con el que es materia del juzgamiento y es perseguible por ejercicio público de la acción penal, la sentencia dispondrá que estos hechos se pongan en conocimiento de la Fiscalía competente para los fines legales que correspondan, a la que se enviará copia certificado de lo actuado.*
2. *El testigo a quien se atribuya declaración falsa sobre el caso materia de juzgamiento no será procesado por ese delito mientras no se ordene en la sentencia que se expida en ese procedimiento y quede firme.*

Artículo 401. Recurso de apelación

1. *Al concluir la lectura de la sentencia, el Juzgador preguntará a quien corresponda si interpone recurso de apelación. No es necesario que en ese acto fundamente el recurso. También puede reservarse la decisión de impugnación.*
2. *Para los acusados no concurrentes a la audiencia, el plazo empieza a correr desde el día siguiente de la notificación en su domicilio procesal.*
3. *Rige en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 405.*

Artículo 402. Ejecución provisional

1. *La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos.*
2. *Si el condenado estuviere en libertad y se impone pena o medida de seguridad privativa de libertad de carácter efectivo, el Juez*



Penal según su naturaleza o gravedad y el peligro de fuga, podrá optar por su inmediata ejecución o imponer algunas de las restricciones previstas en el artículo 288 mientras se resuelve el recurso.

Artículo 403. Inscripción de la condena

- 1. Se inscribirán en el Registro correspondiente, a cargo del Poder Judicial, todas las penas y medidas de seguridad impuestas y que constan de sentencia firme.*
- 2. La inscripción caducará automáticamente con el cumplimiento de la pena o medida de seguridad impuesta.*



IMPUGNACIÓN

COMENTARIOS:

- El recurso de apelación: problemas de aplicación derivados de la reforma procesal penal • La actividad probatoria en segunda instancia, con especial referencia a la valoración de la prueba personal • La prueba preconstituida.



LIBRO CUARTO
LA IMPUGNACIÓN
SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

Artículo 404. Facultad de recurrir

1. *Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida.*
2. *El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.*
3. *El defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien posteriormente si no está conforme podrá desistirse. El desistimiento requiere autorización expresa de abogado defensor.*
4. *Los sujetos procesales, cuando tengan derecho de recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al recurso interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de interposición.*

Artículo 405. Formalidades del recurso

1. *Para la admisión del recurso se requiere:*
 - a) *Que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado.*
 - b) *Que sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley. También puede ser interpuesto en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva.*
 - c) *Que se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.*
2. *Los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la Ley.*
3. *El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes,*



luego de lo cual inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional competente. El Juez que deba conocer la impugnación, aún de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio.

Artículo 406. Desistimiento

1. *Quienes hayan interpuesto un recurso pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos.*
2. *El defensor no podrá desistirse de los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado, posterior a la interposición del recurso:*
3. *El desistimiento no perjudicará a los demás recurrentes o adherentes, pero cargarán con las costas.*

Artículo 407. Ámbito del recurso

1. *El imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, del objeto penal o del objeto civil de la resolución.*
2. *El actor civil sólo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución.*

Artículo 408. Extensión del recurso

1. *Cuando en un procedimiento hay coimputados, la impugnación de uno de ellos favorecerá a los demás, siempre que los motivos en que se funde no sean exclusivamente personales.*
2. *La impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil.*
3. *La impugnación presentada por el tercero civil favorece al imputado, en cuanto no se haya fundamentado en motivos exclusivamente personales.*

Artículo 409. Competencia del Tribunal Revisor

1. *La impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como para declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.*
2. *Los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.*
3. *La impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado. La impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio.*



Artículo 410. Impugnación diferida

1. *En los procesos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando se dicte auto de sobreseimiento, estando pendiente el juzgamiento de los otros, la impugnación que se presente si es concedida reservará la remisión de los autos hasta que se pronuncie la sentencia que ponga fin a la instancia, salvo que ello ocasione grave perjuicio a alguna de las partes.*
2. *En este último caso, la parte afectada podrá interponer recurso de queja, en el modo y forma previsto por la Ley.*

Artículo 411. Libertad de los imputados

Los imputados que hayan sobrepasado el tiempo de la pena impuesta por una sentencia pendiente de recurso, sin perjuicio que éste sea resuelto, serán puestos en inmediata libertad. El juzgador está facultado para dictar las medidas que aseguren la presencia del imputado, siendo aplicable en lo pertinente las restricciones contempladas en el artículo 288.

Artículo 412. Ejecución provisional

1. *Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere.*
2. *Las impugnaciones contra las sentencias y demás resoluciones que dispongan la libertad del imputado no podrán tener efecto suspensivo.*

**SECCIÓN II
LOS RECURSOS**

Artículo 413. Clases

Los recursos contra las resoluciones judiciales son:

1. *Recurso de reposición*
2. *Recurso de apelación*
3. *Recurso de casación*
4. *Recurso de queja*

Artículo 414. Plazos

1. *Los plazos para la interposición de los recursos, salvo disposición legal distinta, son:*
 - a) *Diez días para el recurso de casación*
 - b) *Cinco días para el recurso de apelación contra sentencias*
 - c) *Tres días para el recurso de apelación contra autos interlocutorios y el recurso de queja*

- d) *Dos días para el recurso de reposición*
- 2. *El plazo se computará desde el día siguiente a la notificación de la resolución.*

SECCIÓN III EL RECURSO DE REPOSICIÓN

Artículo 415. *Ámbito*

- 1. *El recurso de reposición procede contra los decretos, a fin de que el Juez que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución que corresponda. Durante las audiencias sólo será admisible el recurso de reposición contra todo tipo de resolución, salvo las finales, debiendo el Juez en este caso resolver el recurso en ese mismo acto sin suspender la audiencia.*
- 2. *El trámite que se observará será el siguiente:*
 - a) *Si interpuesto el recurso el Juez advierte que el vicio o error es evidente o que el recurso es manifiestamente inadmisibles, lo declarará así sin más trámite.*
 - b) *Si no se trata de una decisión dictada en una audiencia, el recurso se interpondrá por escrito con las formalidades ya establecidas. Si el Juez lo considera necesario, conferirá traslado por el plazo de dos días. Vencido el plazo, resolverá con su contestación o sin ella.*
- 3. *El auto que resuelve la reposición es inimpugnable.*

SECCIÓN IV EL RECURSO DE APELACIÓN

TÍTULO I PRECEPTOS GENERALES

Artículo 416. *Resoluciones apelables y exigencia formal*

- 1. *El recurso de apelación procederá contra:*
 - a) *Las sentencias;*
 - b) *Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia;*
 - c) *Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena;*
 - d) *Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva;*

- e) *Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.*
- 2. *Cuando la Sala Penal Superior tenga su sede en un lugar distinto del Juzgado, el recurrente deberá fijar domicilio procesal en la sede de Corte dentro del quinto día de notificado el concesorio del recurso de apelación. En caso contrario, se le tendrá por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones dictadas por la Sala Penal Superior.*

Artículo 417. Competencia

- 1. *Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior.*
- 2. *Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.*

Artículo 418. Efectos

- 1. *El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias y los autos de sobreseimiento, así como los demás autos que pongan fin a la instancia.*
- 2. *Si se trata de una sentencia condenatoria que imponga pena privativa de libertad efectiva, este extremo se ejecutará provisionalmente. En todo caso, el Tribunal Superior en cualquier estado del procedimiento recursal decidirá mediante auto inimpugnable, atendiendo a las circunstancias del caso, si la ejecución provisional de la sentencia debe suspenderse.*

Artículo 419. Facultades de la Sala Penal Superior

- 1. *La apelación atribuye a la Sala Penal Superior, dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.*
- 2. *El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictar sentencia condenatoria.*
- 3. *Bastan dos votos conformes para absolver el grado.*

COMENTARIO:

**EL RECURSO DE APELACIÓN: PROBLEMAS DE APLICACIÓN
DERIVADOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL**

JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso penal que establece el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP) es uno de raíz acusatoria, garantista, que busca proteger los derechos de las personas, así como la efectividad al momento de perseguir el delito.

En esta nueva lógica, el Código regula con mayor claridad (respecto al entramado y confuso sistema de regulación del Código de Procedimientos Penales) el sistema de recursos, así, se reúne en un solo libro: "la impugnación", los diversos medios de impugnación, además de su respectivo trámite.

Los recursos regulados en el nuevo sistema son el de reposición, el de apelación, el de queja y casación. El recurso de apelación viene a ser el proceso ordinario por excelencia, pues conoce tanto los hechos como el Derecho.

Es, por ello, que el recurso de apelación favorece y garantiza la protección del derecho al recurso, en tal sentido, su papel es fundamental en la función de garantía del proceso penal.

De ahí la importancia del conocimiento de la regulación actual, así como de los problemas que se originan en la aplicación y trámite de este recurso. Por ello, a través de la explicación de las instituciones y normas del recurso de apelación se abordarán los problemas más importantes que se han suscitado en el proceso de reforma, en especial, la inadmisibilidad del recurso de apelación contra autos por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia y la condena del absuelto.

II. DERECHO AL RECURSO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El derecho al recurso como derecho fundamental se encuentra reconocido en diversos Instrumentos Internacionales y en nuestra Constitución Política de Estado. El contenido de este derecho se encuentra en la posibilidad de acceder a una nueva decisión que pueda ser favorable al recurrente,

* Coordinador del Área de Investigación de Derecho Procesal Penal del Instituto de Investigación de Derecho Público. Miembro del Área Penal de Gaceta Jurídica.



quien cree que ha sufrido un agravio de parte del juez *a quo*. En caso no se le de la oportunidad de reclamar, alegar y fundamentar que está sufriendo un agravio se vulneraría su derecho fundamental al recurso.

En ese sentido, señala Cafferata Nores¹, que es posible que las resoluciones jurisdiccionales sean equivocadas (en los hechos o en el derecho) y por ende ocasionen un perjuicio indebido a los afectados. Tal posibilidad, que deriva de la falibilidad propia de la condición humana, revela la necesidad de permitir un reexamen y eventual corrección de las decisiones judiciales, para evitar la consolidación de la injusticia; esto se viabiliza a través de los recursos.

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental señala 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.

En ese sentido, el derecho al recurso si bien no se encuentra dentro del artículo 2 de nuestra Carta Magna, se encuentra dentro de los principios de la administración de justicia.

Por ello, es que cabe la interpretación que se haga del derecho al recurso en los instrumentos internacionales ratificados por el Perú. Así, la interpretación de este derecho, en el sistema regional de protección de derechos humanos, debe ser acorde con el artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que "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: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."

En su primera parte, este artículo hace referencia al derecho a la presunción de inocencia, el cual, por interpretación sistemática y teleológica de las normas internacionales y las del proceso penal acusatorio, no solo debe reducirse hasta el momento que se declara la culpabilidad en la sentencia de primera instancia, sino que, debe de considerarse aún como inocente o como no culpable, hasta que una resolución firme no diga lo contrario, es decir, hasta que se tenga por consentida o ejecutoriada tal sentencia declaratoria de culpabilidad.

1 CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 157-158.



Luego, el texto refiere que una de las garantías en el proceso penal es el derecho a recurrir al fallo del juez de primera instancia ante un tribunal superior. Reconoce el derecho al recurso y reconoce que la revisión se haga tanto de la sentencia como del auto, pues de la redacción del texto no se infiere que solo se aplique a las sentencias.

Como vemos, es una norma internacional de carácter amplio, que no restringe la interpretación de ningún modo, pues como garante del derecho a recurrir se puede entender que se puede implementar un sistema de recursos que posea a la apelación, la casación la queja y la reconsideración.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Concepto

El recurso de apelación es un remedio procesal de naturaleza ordinaria. En la teoría de los recursos se pueden diferenciar entre recursos ordinarios y extraordinarios. Los primeros están destinados a conocer la gran mayoría de causas, respetando así, el ordenamiento jurídico, el derecho al doble grado de jurisdicción. Los segundos son recursos más restringidos, en el sentido que las causales para instarlo son pocas y limitadas.

Así, el recurso de apelación al ser uno ordinario tiene dentro de su conocimiento una gran variedad de situaciones, las cuales son materia de impugnación.

Esta gran amplitud tiene que ver con el origen mismo de la apelación, que nació con un cuño inquisitivo. Binder² señala que nació en el derecho romano tardío, donde se consolidaron las estructuras imperiales y la jurisdicción comenzó a ser concebida como un poder delegado del emperador, quien podía recuperarlo a través de una cadena sucesiva de funcionarios... de este modo se fortalecía no tanto la idea de control de las partes sobre el fallo, sino la idea de control del Estado sobre la labor de los jueces.

Por ello, la apelación tiene esa amplitud, pues tiene una ligazón a sistemas procesales en los cuales no se respeta totalmente la inmediación, pues en ellos el recurso de apelación tiene que ver con que el tribunal de apelación se limite a leer los registros o escritos en que se basa

2 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 268.



la actuación del proceso³ -pudiendo leer y pronunciarse sobre todo lo actuado-, llegando a veces a límites insostenibles, pues a los jueces de alzada se les permitía revisar incluso lo que no había sido materia de apelación.

Esto tiene una influencia notable en lo que respecta a nuestro sistema procesal penal, pues al tratar de diferenciarlo del inquisitivo se busca que el juez de segunda instancia no tenga a su disposición las mismas actuaciones de la primera instancia, siendo esto así, las posibilidades de conocimiento no son las mismas, sino más limitadas, por ello, la revisión del fallo no podrá ser ilimitado como en el sistema inquisitivo.

Es, por ello, que si bien en un comienzo era totalmente amplia la materia de conocimiento de la apelación, ahora no es así, está limitado al conocimiento de lo que es materia de agravio (toda vez que el recurso es un derecho y no un sistema de revisión del superior), además que no puede revisar lo que se ha actuado con inmediación en la primera instancia.

Teniendo en cuenta esto debemos de señalar que la apelación es un remedio procesal, y en ese sentido, busca reponer en su derecho a quien ha sido agraviado con la decisión del juez.

En ese sentido, el objeto de este recurso consiste en lograr que un tribunal superior en grado al que dictó la resolución impugnada, tras un nuevo examen, tanto de las cuestiones de derecho cuanto de las de hecho, y en la medida de los agravios articulados, disponga la revocación o la nulidad de aquélla, así como, en su caso, la de los actos que la precedieron⁴.

Comenta Lino⁵ que a través del recurso de apelación cabe, no solo la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (*error in iudicando*), con prescindencia de que se haya producido en la aplicación de las normas jurídicas (*error in iure*) o en la apreciación de los hechos o valoración de la prueba (*error in facto*); sino también la de cualquier tipo de errores *in procedendo*, comprendiendo en consecuencia tanto a los que afectan directamente a la resolución impugnada cuanto a aquéllos que afectan a los actos anteriores al pronunciamiento de la decisión.

3 Ibídem, p. 267.

4 PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Editorial Abeledo perrot, Buenos Aires, 1998, p. 55.

5 Ibídem, p. 56.



Por ello, Clariá Olmedo define al recurso de apelación como el medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial, que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable⁶.

2. Sujetos legitimados para recurrir

La facultad de recurrir se encuentra regulada en el artículo 404 del NCPP, así, en su apartado 2 establece que el derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Vemos en esta disposición la influencia del principio de taxatividad de los recursos, pues solo se puede recurrir a las resoluciones que la ley permite y en la forma en que ella lo establece, siendo que la ley establece que solo ciertas personas pueden recurrir.

Los sujetos procesales principales de un determinado proceso penal son tres: el juez, el fiscal y el acusado. El juez no puede recurrir, la ley no lo considera a este efecto en razón que él no tiene algún tipo de interés en el resultado del proceso, pues de tenerlo perdería la imparcialidad, atributo y principio que es esencial a su naturaleza.

Así, en un Estado de Derecho existe una necesaria separación de funciones, por la cual el rol de juez no puede ser asumido por el fiscal, ni el rol de fiscal puede ser asumido por la defensa. El papel del juez es juzgar y, por ello, su ubicación debe de ser el de un tercero entre las partes, ajeno y sin intereses por lo que se discute dentro del proceso.

Junto con el juez también forman parte de la relación jurídico-procesal el fiscal, la defensa, además es posible la presencia del actor civil, el tercero civilmente responsable y la persona jurídica, todos ellos con un interés determinado en el resultado del proceso penal.

En la segunda parte del artículo que hemos hecho referencia se señala, respecto a la legitimidad para recurrir: "si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos".

Sin embargo, esto es relativo, pues cada sujeto procesal debe primero de acreditar que ha sido afectado con la resolución emitida por el juez. Por ello, si el imputado es absuelto no tendrá legitimidad para recurrir

6 CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de derecho procesal penal*. T. V. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, p. 442.



la absolución, toda vez que, se entiende que no existe agravio, pues su inicial interés es que lo absolvieran de los cargos⁷.

Esto tiene reconocimiento legal en el artículo 405 que determina que para la admisión del recurso se requiere que sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, quien debe tener interés directo y debe de hallarse facultado legalmente para ello.

Entonces hay dos aspectos que se deben de tomar en cuenta para determinar quien se encuentra legitimado: 1) que el sujeto que sea parte en el proceso y 2) que exista un agravio determinado.

Respecto a lo primero tenemos que revisar lo que la regulación del NCPP determina, en ese sentido, señala el artículo 407 denominado "ámbito del recurso" que el imputado y el Ministerio Público podrán impugnar, indistintamente, el objeto penal o el objeto civil de la resolución.

Es decir, estos sujetos procesales recurren tanto a la decisión de condena, como al monto de la pena impuesta. Como en el proceso penal, la acción penal se tramita en el mismo proceso junto con la acción civil, llegada la resolución sobre este punto, ambos están legitimados para recurrir a este último extremo, claro, siempre en caso el fiscal se haya pronunciado sobre esto.

En el imputado existe un interés directo en la impugnación, toda vez, que a través de este recurso se puede modificar una resolución que influye en la declaración de certeza, ya sea excluyendo o atenuando la responsabilidad, o excluyendo o disminuyendo la pena⁸.

En cambio, el Ministerio Público no tiene un interés directo, sino que obra por imperio de la ley y del principio de objetividad, lo que explica por qué el fiscal puede incluso recurrir a favor del imputado. En sentido contrario, DEL VALLE RANDICH⁹ señala que el interés del Ministerio Público es un interés social de conseguir la sanción del imputado por el delito cometido. Pero como dijimos, el Ministerio Público no tiene ese interés, pues en ese caso aún cuando no haya un caso que sustentar en

7 Señala Doig Díaz que carece de legitimación la parte que haya visto satisfecha su pretensión. DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias". En: CUBAS VILLANUEVA, Víctor y otros. *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2005, p. 550.

8 DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal. Parte general*. Segundo tomo, Imprenta editorial Pérez Pacussich, Lima, [S.A.], p. 151.

9 *Ibidem*, p. 152.



juicio oral o por lo que recurrir se tendría que hacer por ser perjudicado por la resolución –pues no obtuvo lo que quería: la condena–; sin embargo, no lo hace, pues lo que prima es la objetividad en su actuación.

El artículo 407 señala que el actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución. En ese sentido, vemos que el Código ha establecido plenamente que el objeto del agravio del actor civil viene a ser el monto de la reparación civil.

Cabe preguntarnos, si el actor civil, una vez que el imputado ha sido absuelto, ¿puede impugnar la absolución?, pues pareciera que no puede impugnar la condena, lo cual es correcto, pues una de las mejoras de este nuevo Código es que se diferencia claramente la acción civil de la acción penal, en ese sentido, el actor civil tiene la posibilidad de impugnar únicamente el agravio producido a su persona, la cual es la reparación civil. Pues como lo establece el artículo 12.3: “la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida”, la cual debe de ser concordada con el artículo 407.2 que señala que el actor civil solo podrá recurrir respecto al objeto civil de la resolución. Lo cual no implica que no pueda establecer los hechos dañosos a efectos de solicitar la correspondiente reparación civil.

El tercero civilmente responsable es el sujeto procesal a quien se le considera responsable solidario con el imputado en base a criterios fundados en la relación funcional entre imputado y tercero civil con el delito. Por ello, el artículo 408 señala que la impugnación presentada por el imputado favorece al tercero civil y viceversa.

Si el delito se encuentra probado y se impone la reparación civil, el tercero civil; a pesar de la conformidad del imputado, puede impugnar la imposición de la reparación civil, pues su pretensión es autónoma, como dijimos, el NCPP hace una diferencia clara de la acción civil de la penal.

La persona jurídica es una creación del NCPP, así se le da personería similar a la del imputado, toda vez que tiene todos sus derechos, claro, su ámbito de responsabilidad es distinto y se basa en la peligrosidad de orden administrativo de la persona jurídica. Por ello, esto determina su ámbito de impugnación.

3. Competencia del tribunal revisor

Señala el artículo 409.1 que la impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así, como para



declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante.

Esto es correcto, pues el juez no puede pronunciarse por una petición distinta a la solicitada (*extra petita, ultra petita, citra petita*) por la parte recurrente, más aun cuando en materia de recursos rige el principio dispositivo, por el cual el recurrente tiene la facultad de imponer un determinado recurso y desistirse de él.

Pero esto no explica por qué el tribunal puede declarar la nulidad de la sentencia (y parte del proceso) en caso de nulidades no advertidas. Lo que ocurre es que en este caso opera otro principio, el de legalidad, así, el juez, como garante de la legalidad del proceso, si advierte que este no se ha llevado de acuerdo con la normativa procesal y que se ha causado indefensión tiene necesariamente que declarar nulo el proceso.

En ese sentido se ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema que en el recurso de nulidad N° 1313-2008 – AYACUCHO, de 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”*.

La norma del artículo 409.1 señala que declarará la nulidad solo en caso de nulidad¹⁰ absoluta o sustancial. Ambos en esencia vienen a ser lo mismo. Pues en la teoría de las nulidades procesales se entiende que existen dos tipos de nulidades: absolutas y relativas.

Las nulidades relativas son aquellas que por el principio de conservación se pueden convalidar, o las que son susceptibles de subsanar, es decir, a pesar de existir un acto procesal que afectó las normas o principios del proceso y que causó indefensión, por diversas razones se tiene por válido.

Lo mismo no pasa con las nulidades absolutas, pues estas no pueden ser convalidadas, en atención a que la afectación de los principios o normas son de rango constitucional. Siendo esto de la máxima importancia y afectando el proceso desde sus bases, por ello, el juez, cumpliendo su

10 La nulidad procesal es un instrumento procesal que consiste en “evaluar” y “valorar” la adecuación entre un acto procesal o varios actos procesales, en relación directa con las normas legales que regulan su proceso de formación.



función de garante de la legalidad, debe declarar la nulidad, incluso de oficio.

Siguiendo esta lógica, en el apartado 2 de esta norma, se señala que los errores de derecho en la fundamentación de la decisión recurrida que no hayan influido en la parte resolutive no la anulará, pero serán corregidos. Este vendría a ser un error convalidable o subsanable. De igual manera se procederá en los casos de error material en la denominación o el cómputo de las penas.

En el tercer apartado señala la norma que la impugnación del Ministerio Público permitirá revocar o modificar la resolución aún a favor del imputado, en ese sentido no existe lo que se denomina la prohibición de la reforma en el peor de los casos para el Ministerio Público.

Sin embargo, la impugnación interpuesta exclusivamente por el imputado no permite modificación en su perjuicio, acá sí tiene vigencia este principio de *non reformatio in peius*.

4. Admisibilidad y procedencia

En el artículo 405.1 se establece los criterios de admisibilidad de los recursos, entre ellos, el de apelación, sin embargo, en estricto, no son solo criterios de admisibilidad sino también de improcedencia, como explicaremos.

En doctrina procesal se diferencia los distintos tipos de controles que merece una cuestión procesal, así se tiene que todo tipo de cuestión se resuelve mediante su admisibilidad, procedibilidad y fundabilidad.

La tercera implica una decisión sobre el fondo del asunto, pero no se debe equiparar asunto con pretensión, en ese sentido, no solo se declara fundada la sentencia, sino cualquier otra cuestión anterior, como una excepción o una medida cautelar, pues cada cuestión tiene un fondo por el cual se deben de pronunciar, así como tienen requisitos de procedibilidad y admisibilidad que determinan su viabilidad procesal, como requisito previo de la declaración de fundabilidad¹¹.

Procedibilidad y admisibilidad son declaraciones que se efectúan sobre la viabilidad procesal de una cuestión antes de la declaración de fundabilidad de la misma, la diferencia entre ellas no la encontramos con

11 MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: *Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República*. N° 1/1, año 2007, pp. 299-302.



respecto a la materia sino con respecto a las consecuencias jurídicas, así la inadmisibilidad deniega la posibilidad de un pronunciamiento de fundabilidad que puede ser subsanado en un plazo perentorio¹². En cambio, la improcedencia es una declaración de inviabilidad definitiva, por ejemplo, si el abogado no cumple con presentar su escrito de recurso en un plazo establecido por ley como obligatorio, pasado este ya no lo podrá presentar¹³.

La normativa del NCPP exige que el recurso de apelación:

a) sea presentado por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés directo y se halle facultado legalmente para ello.

En estricto no es un requisito de admisibilidad, pues de llegar a conocimiento del juez un recurso interpuesto por una persona que no tiene agravio, este no podrá devolverlo y dar un plazo prudencial para subsanar ello, pues es imposible subsanar la falta de legitimidad, lo que cabe es un pronunciamiento de improcedencia. Sin embargo, hay una excepción a esta regla, la cual es que el Ministerio Público puede incluso recurrir a favor del imputado.

b) sea interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley.

Estos son requisitos de forma totalmente necesarios para que sea eficaz el recurso. Sin embargo, el hecho de presentar un recurso sin la forma establecida (escrito) implicaría la inadmisibilidad del recurso, pues cabría subsanar esta omisión, pero, ¿en qué casos se produciría esto?, lo cierto es que sería muy difícil que se cree una situación de esta naturaleza –a menos que se cuente con el tiempo necesario para subsanarlo–, pues al llegar el abogado a la mesa

12 *Ibidem*.

13 La distinción entre procedencia y admisibilidad es tan sutil que solo existe en el plano negativo y no está referida al aspecto sobre el cual inciden (la validez de la cuestión o del procedimiento que le sirve de soporte), sino a las consecuencias procedimentales que cada una acarrea. Mientras la improcedencia constituye una declaración de invalidez con carácter insubsanable pues la cuestión y, a menos que la decisión sea recurrible, el procedimiento que lo contiene habrán concluido indefectiblemente; la inadmisibilidad es también una declaración de invalidez, pero provisional, es decir, denuncia la existencia de un vicio subsanable y, por tanto, sin concluir la cuestión, permite al juzgador otorgar un plazo a la parte interesada para que elimine el defecto. Superada la inadmisibilidad nace el derecho de la parte a un pronunciamiento fondal; viceversa, concluida la etapa de subsanación sin que esta se haya producido corresponderá, naturalmente, una declaración de improcedencia. *Ibidem*.

de partes la única forma de presentar el recurso es mediante un escrito, no se puede hacer de forma oral (excepto en el supuesto que analizaremos luego).

La segunda parte de esta norma establece que se puede interponer también de forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de la audiencia, en cuyo caso, el recurso se interpondrá en el mismo acto en que se lee la resolución que lo motiva. ¿Qué pasaría si no se interpone de esta forma?, lo cierto es que la única forma de hacerlo es en audiencia, si no se hace de esta forma simplemente no se interpone el recurso.

En el caso del plazo la situación es distinta, pues estamos ante una causal de improcedencia clara, si no se interpone en el plazo indicado, simplemente se perdió la oportunidad de interponerlo, el juez no podrá otorgar un plazo adicional.

- c) **se precise las partes o puntos de la decisión a los que se refiere la impugnación, y se expresen los fundamentos, con indicación específica de los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyen. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta.**

Esto se refiere al hecho de fundamentar adecuadamente el recurso, pues un recurso debe de ser claro y establecer puntualmente cada gravamen. Así, se sigue la clásica división entre fundamentos de hecho y derecho, concluyendo con el *petitum*, el objeto a pedir. Un recurso que no sea claro no podrá ser admitido, pues no cualquier pedido puede llegar al conocimiento del superior, sino aquel que esté bien fundamentado.

Es importante determinar si es que nos encontramos ante un requisito de admisibilidad o procedibilidad, en ese sentido, un recurso mal planteado no es un defecto de mera formalidad que pueda dar lugar a una correcta fundamentación, sin embargo, en aras de proteger el derecho al recurso, DOIG DÍAZ¹⁴ señala que debe de realizarse una ponderación entre las consecuencias jurídicas del incumplimiento del presupuesto procesal y su trascendencia práctica, de tal manera que se posibilite la subsanación, siempre que pueda lograrse así la finalidad a la que sirve el requisito incumplido, sin que ello perjudique otros derechos o bienes igualmente

14 DOIG DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 552.



tutelables; y, siempre y cuando, el defecto no tenga origen en una actividad negligente del perjudicado, no dañe la regularidad del proceso o de los intereses legítimos de la parte contraria. De esto podemos afirmar que es un requisito de admisibilidad.

Este mismo artículo en su apartado 2 señala que los recursos interpuestos oralmente contra las resoluciones finales expedidas en la audiencia se formalizarán por escrito en el plazo de cinco días, salvo disposición distinta de la ley, siendo también una causa de improcedencia.

El órgano jurisdiccional encargado de analizar acerca de la concesión del recurso es el mismo órgano jurisdiccional que emitió la resolución recurrida. Una vez admitida notificará su decisión a todas las partes. Luego de esto, inmediatamente elevará los actuados al órgano jurisdiccional superior competente.

Sin embargo, este control de procedencia y admisibilidad no solo se realiza en el nivel inferior, sino también en el superior, así, un recurso de apelación mal admitido puede rechazarse por el tribunal competente para conocer el fondo del asunto¹⁵. Por ello, la norma señala: “El juez que deba conocer la impugnación, aun de oficio, podrá controlar la admisibilidad del recurso y, en su caso, podrá anular el concesorio”.

Si bien no se encuentra en el artículo 405, el hecho de impugnar una resolución que la ley no establece como recurrible es una causa de improcedencia. Así, el artículo 416 da cuenta de cuáles son las resoluciones apelables:

- a) Las sentencias.
- b) Los autos de sobreseimiento y los que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia.
- c) Los autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena.
- d) Los autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva.
- e) Los autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

15 DOIG DÍAZ señala que la razón de esto es que el control de los requisitos procesales es un tema de orden público de carácter imperativo. *Ibidem*.



Como vemos son apelables autos y sentencias emitidas en primera instancia. Sin embargo no se apela cualquier auto, sino aquellos que para ser emitidos han tenido que pasar por un previo debate (lo que llaman autos interlocutorios), además estas resoluciones deben de afectar algún derecho.

Por último debemos de referir que el inciso e) es una cláusula abierta para así proteger el derecho al recurso, pues en su segunda parte establece que es apelable aquel auto que causa un gravamen irreparable.

Esta norma sirvió de base para admitir el recurso contra la resolución que aprueba el acuerdo de terminación anticipada. Así, el Acuerdo Plenario 05-2009/CJ-116 señaló:

“El artículo 468.7 NCPP prescribe que la sentencia anticipada, aprobatoria del acuerdo, puede ser apelada por los demás sujetos procesales –se entiende fuera de Fiscal y del imputado, en tanto en cuanto, respecto de estos últimos, la sentencia anticipada respete los límites del acuerdo–. Esta norma no se ha pronunciado acerca de la posibilidad de apelación u otro recurso contra el auto que desaprueba el acuerdo. Sin embargo, es de tener en consideración la regla general establecida por el artículo 416.1 NCPP, que determina como objeto impugnabile en apelación los autos que ponga fin al procedimiento o a la instancia –literal b)– o, en su caso, los que causen gravamen irreparable –literal e)–. No cabe duda de la pertinencia de la aplicación de la regla general del artículo 416.1 b) y e) NCPP, pues la desaprobación del acuerdo tiene como efecto la culminación del proceso de terminación anticipada y, además, causa un gravamen irreparable porque cancela la vía consensuada y evita la aplicación del beneficio premial. Entender que no es así, por lo demás, vulneraría el derecho a la tutela jurisdiccional en la medida que uno de los elementos que integra su contenido constitucionalmente protegido es el acceso a los recursos legalmente previstos, así como infringiría el debido proceso en el ámbito del derecho al recurso –pluralidad de la instancia– respecto de las decisiones que causan estado”.

5. Competencia

El recurso de apelación es devolutivo, es decir, cuando se recurre a una resolución esta es de conocimiento del superior.

Como sabemos en los sistemas de enjuiciamiento inquisitivo, donde nacen los recursos, se entendía que el poder de juzgar derivaba del soberano, quien entregaba parte de ese poder a los jueces. Siendo esto así, es fácil de entender que cuando se recurre se pide que el conocimiento del delito regrese (se devuelva) a su titular, quien resolverá con total legitimidad.



Al pasar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio formal se cambió el fundamento de los recursos, pues se entienden ahora como un derecho a que un órgano jurisdiccional de mayor jerarquía (y por ello con presunción de tener mejores posibilidades de resolver de acuerdo a derecho) generalmente con más miembros que el inferior y con jueces de más edad y experiencia conozcan del recurso.

En base al efecto devolutivo, el artículo 417 establece que:

1. Contra las decisiones emitidas por el Juez de la Investigación Preparatoria, así como contra las expedidas por el Juzgado Penal, unipersonal o colegiado, conoce el recurso la Sala Penal Superior (Sala de Apelaciones, conformada por tres miembros).
2. Contra las sentencias emitidas por el Juzgado de Paz Letrado, conoce del recurso el Juzgado Penal unipersonal.

IV. LA APELACIÓN DE AUTOS

La apelación de autos es la garantía de un reexamen de aquel auto que causa agravio a la parte, por lo que se establece un trámite que según el artículo 420 es el siguiente: recibido el expediente judicial, la Sala de Apelaciones conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días, para así garantizar el derecho de defensa de todos los sujetos procesales.

Estos mismos sujetos procesales, una vez recibido este escrito, pueden absolver este traslado, por ello, una vez absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, la Sala de Apelaciones puede: Si lo estima inadmisible lo rechazará de plano¹⁶, si lo estima admisible la causa quedará expedita para ser resuelta, debiéndose señalar día y hora para llevar a cabo la audiencia de apelación.

Señala el apartado 3 que antes de la notificación de dicho decreto (que señala fecha para la audiencia), el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso —esto no involucra actuación de pruebas—. Esto se pone en conocimiento de los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente, la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.

16 Artículo 420.4: “El auto en el que la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415”.



Hasta acá podemos ver un procedimiento basado en la escrituralidad, luego viene la parte oral conformada por la audiencia que es la esencia de este nuevo sistema procesal. Así, la norma procesal señala que a la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente.

La audiencia no podrá aplazarse por ninguna circunstancia. Al iniciar la audiencia se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y, acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.

En cualquier momento de la audiencia, la Sala de Apelaciones podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

Se debe de recordar que la Sala de Apelaciones debe de resolver en un plazo máximo de 20 días. Sin embargo, estas normas no han previsto qué sanción cabría a la persona que recurre y que no se apersona a la audiencia de apelación de auto.

V. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTOS POR INASISTENCIA DEL RECURRENTE A LA AUDIENCIA

En el proceso de reforma procesal penal se ha detectado algunos problemas y vacíos en las normas procesales que han llevado a ciertas salidas, algunas compartidas por los magistrados y otras resistidas.

Una de estas propuestas controvertidas de interpretación de normas ha sido el referido a que si en caso que la parte recurrente en apelación (de un auto) no asista a la audiencia donde se debatiría sobre esto, se debería o no declarar inadmisibile este recurso.

Las opiniones han estado divididas, por ello, los jueces que aplican el NCPP realizaron un Pleno Regional en Arequipa en julio de 2009. Ahí se debatió dos posiciones diametralmente opuestas:

- Primera posición: Se aplica el artículo 423, inciso 3¹⁷ del NCPP para todos los casos de audiencia en segunda instancia, pues rige como criterio

17 Norma que regula la audiencia de apelación de sentencias que señala: "Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente".



de interpretación sistemática la aplicación de los principios generales del Título Preliminar del Código, en el sentido de cautelar la vigencia del contradictorio y la oralidad de la audiencia. En ese sentido se aplica una norma de la apelación de sentencias a este caso.

- Segunda posición: No debe aplicarse extensivamente lo prescrito para las audiencias de apelación de sentencia, no siendo aplicables las reglas de interpretación general del Título Preliminar del NCPP, pues allí no hay nada que interpretar; toda vez que lo previsto para las audiencias de apelación de autos no solo omite intencionalmente la obligatoriedad de la asistencia del recurrente, sino que expresamente señala que a dicha audiencia concurrirán los sujetos procesales que lo estimen conveniente, ello según el amparo del principio de legalidad.

Quienes respaldan la primera posición señalan que a pesar que el NCPP no establece una sanción ante la insistencia de la parte recurrente, “creemos en salvaguarda de los principios de inmediación, oralidad y contradicción que adopta el nuevo sistema acusatorio, en la obligatoriedad de la asistencia de la defensa del recurrente a la audiencia de apelación de auto y en consecuencia ante la incomparecencia de éste en la inadmisibilidad del medio impugnatorio interpuesto”¹⁸.

Esto tiene su razón de ser en que si se hiciera de otra forma el órgano jurisdiccional podría resolver en base a la lectura del expediente judicial, como en el antiguo sistema inquisitivo¹⁹.

Un segundo argumento tiene que ver con el principio dispositivo, pues se señala que la instancia de revisión se habilita siempre y cuando exista un interés legítimo en mantener la impugnación a lo largo del trámite de la al-

18 NEYRA FLORES, José Antonio. “Análisis de cuatro problemas, fundamentos y conclusiones del nuevo Código Procesal Penal. A raíz del Pleno Jurisdiccional Regional del NCPP Arequipa-julio 2009”. En: *Revista Institucional de la AMAG T. II. N° 9, 2009*, pp. 70 y 71.

19 Si la parte recurrente no concurre a la audiencia de apelación para fundamentar su recurso no puede hablarse de audiencia pues la misma implica 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 oponente. MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. “Inadmisibilidad del recurso por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal. T. 9, Marzo de 2010*, p. 248. En el mismo sentido: BURGOS MARIÑOS, Víctor. “Las nuevas y buenas prácticas en el proceso de implementación del NCPP y la contrarreforma”. Disponible en: <<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documentobusqueda&secID=1&search=burgos&catID=0&button=Buscar>>.

zada²⁰, entonces el desistimiento se traduce en la decisión de no mantener la impugnación; es decir, en la falta de voluntad impugnativa por las partes.

Siguiendo este razonamiento se entiende que la inasistencia injustificada de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto es algo similar a la renuncia al recurso, algo así como un desistimiento tácito, porque la voluntad impugnativa ya no existe²¹. En conclusión, no cabe invocar la afectación del derecho a la doble instancia en el sentido de que todo aquel que interpone un recurso tiene derecho de que el órgano jurisdiccional se pronuncie; pues, ya no existe la voluntad impugnativa del recurrente, lo cual se pone de manifiesto en su inasistencia injustificada a la audiencia de apelación de auto.

La posición contraria establece que si bien en la audiencia de apelación de sentencias se garantiza el contradictorio y por extensión se debería de aplicar a la apelación de autos, la situación en este trámite es distinta, en la medida que en la apelación de sentencias se garantiza la oralidad y contradicción, porque existe una revisión de los vicios *in iudicando* e *in procedendo*, al hacerse una revisión total de hechos y derecho que implica además el examen de la resolución de mayor importancia en el proceso como es la sentencia, siendo que en ella la actuación de las partes es de la máxima importancia.

Esto no ocurre con la apelación de autos que solo se da en los siguientes casos: 1) autos de sobreseimiento, 2) autos que resuelvan cuestiones previas, cuestiones prejudiciales y excepciones, o que declaren extinguida la acción penal o pongan fin al procedimiento o la instancia, 3) autos que revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio o la conversión de la pena, 4) autos que se pronuncien sobre la constitución de las partes y sobre aplicación de medidas coercitivas o de cesación de la prisión preventiva, 5) autos expresamente declarados apelables o que causen gravamen irreparable.

20 BERDICHEVSKY Adrián. "Reposición y apelación". En: MAIER, Julio; BOVINO, Alberto y DÍAZ CANTÓN, Fernando (comp.). *Los recursos en el procedimiento penal*. 2ª ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1999, p 131. (cit) MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. Ob. cit., p. 249.

21 Esta afirmación encuentra asidero en la legislación comparada, concretamente en el Código Procesal Penal de la República de Argentina, que regula en su artículo 446 la figura del desistimiento tácito cuando la parte recurrente –al interponer el recurso– o el fiscal de Cámara –al expedirse acerca del mantenimiento del recurso interpuesto por el inferior– expresaren su voluntad de informar oralmente, y no asistieren a la audiencia designada para tal efecto por el presidente de la Cámara. MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. Ob. cit., p. 249 y 250.



Es decir, son autos que deciden sobre materias que no implican la responsabilidad o no del procesado a través de un razonamiento basado en pruebas sino en actos de investigación.

Por ello concluyen que la asistencia a la audiencia de apelación de autos se erige como una facultad, así al no tener la apelación de autos las mismas garantías que el juicio oral: contradicción y oralidad que se manifiesta en la apelación de sentencias a través de la actuación de prueba nueva; no es necesario la presencia de la defensa en la audiencia, pues los puntos están planteados en su escrito de apelación y lo único que se haría es repetirlos de forma oral no siendo necesario²².

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03051-2010-PHC/TC - La Libertad señaló:

“En el presente caso, se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría imposibilitado la realización del informe oral del actor al no haberle notificado de dicha diligencia. Al respecto, este Colegiado considera que dicha alegación constituye una incidencia de carácter infraconstitucional toda vez que el incidente de la apelación de autos, que faculta a la Sala Superior la revisión de lo resuelto por el inferior en grado, se sustancia a través de una valoración netamente escrita en la que la parte apelante expone los argumentos que sustentan la pretensión del recurso [Cfr. STC 04155-2009-PHC/TC], sin perjuicio, claro está, de que la defensa del actor, teniendo conocimiento de la apelación del fiscal, realizada en la audiencia de la variación de la prisión preventiva, pueda petitionar informar ante la Sala Superior revisora y esta conceder tal petición conforme a lo establecido por el artículo 131 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala: ‘El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo’ (cuestión esta última que no aconteció en el caso del actor tal como se desprende de los actuados)”.

Sin embargo, creemos que en una época de reforma procesal penal, cuando esta aún es incipiente, se debe de tratar de reforzar las posiciones

22 En ese sentido refieren Jerí y Zorrilla que como las actuaciones en esta audiencia son documentales, no se requerirá intermediación y por tanto la presencia de las partes. JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. “La impugnación: los recursos, el recurso de reposición y el recurso de apelación. Artículos 413 a 146 del Código Procesal Penal”. En: AA. VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara editores, Lima, 2009, p. 466.



que promuevan los principios en las que se inspira, así se hace necesario aplicar en toda su dimensión estos principios, por ello desde un punto de vista político-criminal se hace necesario declarar la admisibilidad del recursos por que el recurrente no fue a la audiencia de apelación de auto. Por estos motivos las consideraciones contrarias (que no es necesaria la realización de la audiencia) no son políticamente correctas.

Más importante, creemos, es el segundo fundamento que se basa en un razonamiento sencillo: como el apelante no fue a la audiencia de apelación, entonces tácitamente ha desistido. Esto es correcto toda vez que a diferencia del proceso principal o declarativo que se rige bajo el impulso de oficio por el principio de legalidad, el procedimiento recursivo se rige bajo el principio dispositivo, siendo la parte recurrente la titular de este, la que hace valer su voluntad.

En ese sentido, si esta no quiere seguir con el procedimiento recursivo no tiene porque seguir con él, pues opera la disposición de este trámite por él. Además, se debe tomar en cuenta que a diferencia de un sistema inquisitivo donde el recurso era una obligación a fin que el superior revise de oficio incluso lo que no había sido materia de impugnación, en un sistema acusatorio esto no es así, pues la parte tiene el derecho a recurrir y a desistirse del recurso sea de forma expresa o tácita, pero que sea evidente, como en este caso.

VI. LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

El trámite según el artículo 421 es el siguiente: recibido el expediente judicial, la Sala de Apelaciones conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación a los demás sujetos procesales por el plazo de 5 días para la absolución de posiciones.

Cumplido con esto o vencido el plazo para hacerlo, (así como en el trámite de apelación de autos) si la Sala estima inadmisibile el recurso lo rechazará de plano²³, de no ser así comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de 5 días.

1. Pruebas en segunda instancia

Una de las grandes novedades de la apelación del NCPP es la actuación de pruebas en la audiencia de segunda instancia.

23 En este caso también este auto que declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.



Así, el artículo 422 establece una serie de reglas para la efectiva práctica de la prueba en segunda instancia. Primero, el escrito en el cual se ofrece pruebas debe de indicar específicamente (bajo sanción de inadmisibilidad) el aporte de la prueba ofrecida, es decir, cual es su pertinencia en el caso²⁴.

Luego, la Sala de Apelaciones mediante auto, en el plazo de 3 días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 (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)²⁵ y a los puntos materia de discusión en la apelación, esta resolución es inimpugnable.

Como estamos frente a un sistema de apelación mixto solo se admitirán algunos medios de pruebas que cumplan los siguientes requisitos²⁶:

- a) No se pudieron proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia.
- b) Fueron indebidamente denegados, siempre que el recurrente hubiera formulado en su momento la oportuna reserva.
- c) Admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él.

Esta opción legislativa parte del conocimiento de los sistemas de apelación que se han dado a nivel legislativo: la apelación limitada y la apelación plena.

Para el sistema de apelación limitada, esta no es autónoma de la primera instancia, sino complementaria, en la medida que el órgano que conoce en segunda instancia se limita a efectuar un control meramente negativo, en el que no formula nuevas declaraciones²⁷.

-
- 24 Se señala que esto constituye una formalidad imprescindible para la admisibilidad de las pruebas, caso contrario deberá rechazarse su ofrecimiento. JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. Ob. cit., p. 470.
 - 25 Sobre la admisibilidad y actuación de pruebas puede verse mi trabajo: "Problemas de aplicación de la formación de la prueba en el juicio oral del NCPP". En: AA. VV. *Juicio oral: problemas de aplicación del Código Procesal Penal de 2004*. Gaceta Jurídica, Lima. 2010.
 - 26 Para ver en extenso esto: DÍAZ, Yolanda. Ob. cit., p. 555.
 - 27 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: *Anuario de Derecho Penal: la reforma del proceso penal peruano*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 202.



Esto tiene su correlato en la admisión de pruebas en segunda instancia, toda vez que el material instructorio es idéntico en ambas fases, sin posibilidad que las partes puedan deducir nuevas excepciones y nuevos medios de ataque y defensa, ni hechos o pruebas que no hayan sido deducidos en primera instancia²⁸, es una mera revisión.

En cambio, en el sistema pleno, la nueva fase es entendida como una continuación del primer proceso (*novum iudicium*), en el que existirá un nuevo pronunciamiento, autónomo, sobre el fondo del asunto²⁹.

Así, en este sistema, el material instructorio de la segunda instancia se nutre tanto del que fue aportado en el primer grado como del novedosamente introducido en la fase de impugnación, admitiéndose nuevos hechos y medios de prueba, y hechos y medios de prueba anteriores no utilizados, por ello se reconoce el llamado "*ius novorum*" que comprende tanto los *nova producta* (materiales acontecidos con posterioridad a la finalización de la etapa de alegación y prueba en primera instancia), como los "*nova reperta*" (materiales anteriores a ese momento pero que no pudieron utilizarse por tomar la parte conocimiento de los mismos con posterioridad) y los "*nova allegata*" (materiales no utilizados voluntariamente en el primer proceso)³⁰.

El sistema de apelación del NCPP es uno que recoge algunos aportes de cada uno de estos sistemas, es por ello que la apelación es amplia, pues se puede ingresar pruebas no conocidas o mal admitidas, lo cual es una restricción en comparación al modelo pleno, sin embargo, el sistema de apelación no se le ve como una nueva primera instancia.

Debemos de señalar que este sistema de apelación no es el mejor, pues no ayuda a respetar la inmediación de primera instancia. La inmediación es uno de los principales principios que importan a la reforma procesal penal³¹, así, un correcto entendimiento de su papel hará que la reforma

28 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 386.

29 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". Ob. cit., p. 201.

30 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Ob. cit., p. 387.

31 JAÉN VALLEJO nos dice que es en el juicio oral donde hay que practicar las pruebas, porque solo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; así lo exige tanto el carácter público del proceso, como el derecho de defensa. JAÉN VALLEJO, Manuel. "Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español". Disponible en línea: <<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artjae1.htm>>.



procesal penal sea exitosa, por ello, es necesario definirla –a la inmediación– como aquel principio que implica la cercanía del juez con las partes y con la actuación de los medios de prueba para conseguir únicamente por este medio la convicción, en ese sentido, la inmediación refuerza lo acusatorio del modelo, pues sin inmediación el juez podría sentenciar en base a lo que obra en el expediente antes que lo que ha visto en la audiencia, reforzando de este modo los caracteres de escrituralidad del proceso.

La inmediación se da de modo pleno en la audiencia de juicio oral, pues al ser la fase central del proceso se hace necesaria su presencia para la producción de la prueba, esto no quita que la inmediación esté presente en las fases de investigación o etapa intermedia, toda vez que en ellas se instalan gran cantidad de audiencias, en las cuales las partes ofrecen la información de mejor calidad al juez para que este decida con respeto al caso concreto en base a las alegaciones que se dan frente a él, por ello, la inmediación es aquí también importante.

Pero ¿ocurre lo mismo con los recursos?, lo cierto es que no, pues si bien existe el derecho a una segunda instancia, el conocimiento que tienen los tribunales de segunda instancia es totalmente limitado, pues no existe inmediación con la producción de la prueba, por ello, el único control que en segunda instancia se puede hacer es el control del derecho y de lo lógico y razonado de las decisiones que se han hecho en primera instancia, pues revisar los hechos como lo establecen algunos autores es imposible, esto ha tenido reconocimiento jurisprudencial en la sentencia de Casación N° 03-2007-HUaura, del 07 de noviembre de 2007:

“Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente –primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal–. Ello quiere decir, primero, que las pruebas –así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio. Corresponde a los Tribunales de Mérito –de primera instancia y de apelación– la valoración de la prueba, de suerte que únicamente está reservado a este Tribunal de Casación apreciar si de lo actuado en primera y segunda instancia, en atención a lo expuesto en el fallo de vista, la existencia de un auténtico vacío probatorio. En consecuencia, si existen pruebas directas o indiciarias la

alegación centrada en ese motivo decae o se quiebra. Si existen pruebas, como ha quedado expuesto, su valoración corresponde en exclusividad al Juez Penal y a la Sala Penal Superior... El relato fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inconvencional, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto –el testigo no dice lo que lo menciona el fallo–; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia. El Tribunal de Apelación asumió los criterios del Tribunal de Primera Instancia; y, estos revelan, como implícitamente afirmó, su contundencia, racionalidad y coherencia interna como prueba válida de cargo, con entidad suficiente para enervar la presunción constitucional de inocencia. El déficit de argumentación, en esos términos, no es constitucionalmente relevante”.

Como hemos referido, la apelación es un recurso que por su propia configuración e historia implica un conocimiento limitado, por ello, es contrario a la inmediación que se requiere para decidir si una persona es o no culpable. Por ello se debe de buscar las formas que nos permita resguardar el principio de inmediación y que a su vez se garantice el derecho al recurso que toda persona posee.

Sin embargo, el Código ha optado por una regulación distinta y compleja, así regula el código que los medios de pruebas solo serán admitidos si es que se impugna el juicio de culpabilidad o de inocencia, es decir, se tiene que analizar la valoración de los hechos y su calificación jurídica.

En cambio señala el apartado 3 que si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas solo estarán referidas a este extremo.

Si la apelación solo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil:

Solo se pueden ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios, y únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando los medios probatorios estén referidos a la ocurrencia de hechos relevantes para el derecho o interés discutido, pero acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso.
2. Cuando se trate de documentos expedidos con fecha posterior al inicio del proceso, o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad.



Una excepción a este carácter limitado o restringido de la apelación es la establecida en el apartado 5, donde se señala: “también serán citados aquellos testigos –incluidos los agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio”³². Pero se debe de tener cuidado, pues se podría desnaturalizar el recurso de apelación al no limitar el ingreso de prueba ya actuada a la audiencia de apelación.

Por ello, señala la sentencia de apelación N° 02-2009 que solo se aplicará este artículo (422.5) cuando las declaraciones de los testigos, incluidos los agraviados, adolezcan de sensibles defectos legales o déficit de información que impide el necesario esclarecimiento de los hechos objeto del debate. Es de tener en claro que el principio rector de la apelación penal contra sentencias definitivas es solo permitir la actuación de nuevas pruebas desde una perspectiva de complementación del material probatorio en orden a la corrección de irregularidades probatorias de la primera instancia y a superar, limitadamente, las preclusiones allí producidas.

2. Audiencia de apelación

Luego de decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto, se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para llevar a cabo la audiencia de apelación.

En esta audiencia es obligatoria la asistencia del fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el fiscal.

Si quien recurre es el imputado y este no concurre a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Sin embargo, la Corte Suprema en la sentencia de apelación N° 02-2009 ha declarado que si el procesado recurre, pero se encontraba con orden de aprehensión, entonces el hecho de no acudir a la audiencia no implica la inadmisibilidad del recurso:

“El artículo cuatrocientos veintitrés, apartado tres, del nuevo Código Procesal, al desarrollar una institución de configuración legal, como es el recurso de apelación –cuyo reconocimiento y alcance legislativo de cara a

32 JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. Ob. cit., pp. 473 y 474.



la garantía de la instancia plural no está puesta en duda—, establece la necesidad de la presencia personal del imputado recurrente a la audiencia de apelación de sentencia, exigencia que se sustenta en que todo imputado está sujeto al proceso y, por tanto, ligado a los mandatos judiciales de comparecencia—el imputado tiene la carga de comparecer en el proceso—. Esta norma busca consolidar la vigencia de principios procesales y procedimentales de primer orden: contradicción efectiva —que integra la garantía de defensa procesal—, inmediación y oralidad —que integran la garantía del debido proceso.

En el caso concreto el imputado ha sido condenado a una pena privativa de libertad efectiva y se ha ordenado su captura, medida que rige —pese al recurso de apelación— por mandato del apartado dos del cuatrocientos dieciocho del nuevo Código Procesal Penal. Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico garantiza plenamente el ejercicio de la libertad personal y es comprensivo del afán natural de las personas de evitar toda limitación o privación de la libertad, más allá de la legitimidad del mandato de la autoridad competente. Por ende, no considera apropiado imponer sanción alguna por su razonable ejercicio, salvo que en su comisión se vulneren otros bienes jurídicos protegidos —integridad corporal, patrimonio, objetividad y corrección del ejercicio de la función pública, etcétera—.

Este Supremo Tribunal entiende el motivo del imputado por no asistir a la audiencia de apelación: si se presenta sería detenido e ingresado a un Establecimiento Penal.

Así las cosas, no es proporcional exigir su presencia bajo apercibimiento de desestimar liminarmente su impugnación. Si se reconoce, como se hace, el derecho de las personas a la libertad ambulatoria, y si en el caso concreto su presencia implicaría su detención inmediata, no es posible anudar a su incomparecencia la desestimación del recurso, con lo que se limitaría desproporcionadamente —desde el sub principio de proporcionalidad estricta— el derecho al recurso —se clausuraría la posibilidad de someter al conocimiento de un Tribunal Superior una resolución que le causa agravio— y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —no se tendría acceso a la segunda instancia, legalmente prevista, pese a que la audiencia de apelación, en este caso, en atención a los motivos del recurso y al ámbito de sus objeciones, no requiere de modo necesario la presencia del imputado—.

En consecuencia, en este caso concreto, como está en riesgo la libertad personal del imputado —y solo porque lo está de modo irremediable— sería desproporcionado atar a su incomparecencia la inadmisibilidad del recurso que interpuso. Por ello cabe concluir que el motivo de su probable inasistencia está justificado. La audiencia de apelación, por tanto, puede realizarse con la sola presencia de su abogado defensor, a quien debe



reconocerse, analógicamente, la representación del imputado y, por tanto, los derechos de intervención en todas las diligencias y de ejercicio de todos los medios de defensa que la ley reconoce (artículo setenta y nueve, apartado tres, del nuevo Código Procesal Penal)”.

Volviendo a la normativa, en caso que el recurrente sea el fiscal y no acuda a la audiencia, también se declarará inadmisibles este recurso. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación

Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces. Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.

A fin de respetar en la medida de lo posible la inmediación en la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.

Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.

A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383³³, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.

33 Artículo 383 Lectura de la prueba documental.

1. Solo podrán ser incorporados al juicio para su lectura:
 - a) Las actas conteniendo la prueba anticipada;
 - b) La denuncia, la prueba documental o de informes, y las certificaciones y constataciones;
 - c) Los informes o dictámenes periciales, así como las actas de examen y debate pericial actuadas con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que el perito no hubiese podido concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de su residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes. También se darán lectura a los dictámenes producidos por comisión, exhorto o informe;

Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden, empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) de artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386³⁴.

3. Sentencia de segunda instancia

Señala el artículo 425 que rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393:

1. *El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio.*
2. *El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.*
3. *La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones:*
 - a) *Las relativas a toda cuestión incidental que se haya diferido para este momento;*

d) Las actas conteniendo la declaración de testigos actuadas mediante exhorto. También serán leídas las declaraciones prestadas ante el Fiscal con la concurrencia o el debido emplazamiento de las partes, siempre que se den las condiciones previstas en el literal anterior; y,

e) Las actas levantadas por la Policía, el Fiscal o el Juez de la Investigación Preparatoria que contienen diligencias objetivas e irreproducibles actuadas conforme a lo previsto en este Código o la Ley, tales como las actas de detención, reconocimiento, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo, incautación y allanamiento, entre otras.

2. No son oralizables los documentos o actas que se refieren a la prueba actuada en la audiencia ni a la actuación de esta. Todo otro documento o acta que pretenda introducirse al juicio mediante su lectura no tendrá ningún valor.

3. La oralización incluye, además del pedido de lectura, el de que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta.

34 Artículo 386 Desarrollo de la discusión final.-

1. Concluido el examen del acusado, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden:

- a) Exposición oral del Fiscal;
- b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil;
- c) Alegatos del abogado defensor del acusado;
- d) Autodefensa del acusado.

(...)

5. Culminada la autodefensa del acusado, el Juez Penal declarará cerrado el debate.

- b) *Las relativas a la existencia del hecho y sus circunstancias;*
- c) *Las relativas a la responsabilidad del acusado, las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho;*
- d) *La calificación legal del hecho cometido;*
- e) *La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella;*
- f) *La reparación civil y consecuencias accesorias; y,*
- g) *Cuando corresponda, lo relativo a las costas*

Es decir, emite una valoración de la prueba coherente y exhaustiva para emitir una sentencia. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de 10 días. Para obtener la resolución se requiere únicamente mayoría de votos.

La Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada.

La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia. Esto ha sido ratificado por la sentencia casatoria 05-2007 que señaló:

“Es exacto que con arreglo a los principios de inmediación y de oralidad, que priman en materia de la actuación y ulterior valorabilidad y valoración de la prueba personal, el Tribunal de Alzada no está autorizado a variar la conclusión o valoración que de su contenido y atendibilidad realice el órgano jurisdiccional de primera instancia. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina. En esos casos –las denominadas ‘zonas opacas’–, los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la inmediación (lenguaje, capacidad narrativa, expresividad de sus manifestaciones, precisiones en su discurso, etcétera) no son susceptibles de supervisión y control en apelación; no pueden ser variados”.

Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte Suprema estableció excepciones a esta regla al señalar:

“Empero, existen ‘zonas abiertas’, accesibles al control. Se trata de los aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos en sí mismos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia, que pueden ser fiscalizados o través de las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. En consecuencia, el relato

fáctico que el Tribunal de Primera Instancia asume como hecho probado, no siempre es inmovible, pues: a) puede ser entendido o apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto —el testigo no dice lo que lo menciona el fallo—; b) puede ser oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) ha podido ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia”.

En el artículo 409 se determina el ámbito del recurso de apelación, así el Tribunal está facultado para:

- a) 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.
- b) Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria, imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.

Como reglas de la dación de esta resolución que causa estado se tiene que la sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública, notificándose a las partes la fecha de la audiencia. No es necesario que todas las partes asistan ni tampoco es posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.

Contra la sentencia de segunda instancia solo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.

VII. LA CONDENA DEL ABSUELTO

Como hemos visto, el artículo 425.3.b del NCPP establece la posibilidad de condenar a una persona, una vez que esta ha sido absuelta por un órgano jurisdiccional de primera instancia, en virtud de un recurso de apelación requerido por el Ministerio Público.

Para ello debemos de analizar el sentido del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues el recurso, definido como un

derecho fundamental, tiene una relación directa con este artículo. Además, se ha debatido en nuestro medio que siendo un derecho del imputado el recurso contra la condena es necesario declarar la inconstitucionalidad de esta norma. En sentido contrario, otra interpretación dirá que no se afecta ningún derecho, pues esta norma debe de ser entendida en su aspecto histórico.

Sin perjuicio de ello, analizaremos la causa real de estas inconsistencias en el sistema procesal penal, así veremos el papel de la inmediatez en este problema y la naturaleza del recurso de apelación.

1. Interpretación eurocontinental del artículo 14. 5.

El artículo 14. 5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por aplicación de la cuarta disposición transitoria y complementaria es parte de nuestro ordenamiento jurídico y señala que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”³⁵, la interpretación de esta norma ha sido un punto fundamental a la hora de establecer los alcances del recurso de apelación, pues hay dos interpretaciones respecto al alcance de esta norma.

La primera es la eurocontinental, que al recoger esta regulación –en los países tributarios de este sistema– causó problemas en cuanto a su interpretación, toda vez que el ámbito de aplicación del derecho al recurso –según la redacción de la norma– está circunscrito solo a la sentencia condenatoria.

Así, los doctrinarios europeos explican esta situación usando como argumento la influencia norteamericana en la redacción de esta norma, pues en el sistema procesal penal de ese país existe la prohibición de *double jeopardy*, es decir, la prohibición de correr el riesgo de ser condenado luego que una sentencia absolutoria dada por el jurado ya puso fin a la controversia en torno a la culpabilidad del procesado, es decir, no correr ese riesgo dos veces. En Estados Unidos, el único sujeto procesal legitimado para impugnar una sentencia es el acusado y actual condenado, por tanto, el representante del Ministerio Público no lo podrá hacer.

35 En el mismo sentido el Protocolo N° 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos señala que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.

Por ello, MONTERO AROCA³⁶ señala que “a la hora de interpretar el derecho al recurso que contiene el artículo 14.5 del pacto de 1966, no debe olvidarse que el sistema procesal penal anglosajón y en especial el de los Estados Unidos, se configura partiendo de la base de la intervención del jurado y que, después del veredicto de éste, si es absolutorio el fiscal no dispone de recurso, y si es condenatorio la persona condenada tiene derecho a que un tribunal superior, compuesto solo por jueces profesionales, controle si en el proceso se han observado todas las garantías de lo que viene denominándose ‘proceso debido’ y, en su caso, anule el proceso, el cual debe repetirse ante un nuevo jurado. El tribunal superior técnico no conoce de una segunda instancia, en el sentido que esta institución tiene en los países del sistema jurídico europeo continental, sino de un recurso que tiende a determinar si en el proceso ante el jurado se han respetado las garantías procesales del acusado; si el recurso es estimado se produce la anulación de la condena, pero el tribunal superior no realiza un verdadero juicio sobre el fondo, sino que este se debe realizar ante un nuevo jurado, si es que el fiscal mantiene la acusación”.

Por ello, los autores que propugnan esta interpretación señalan que el NCPP, cuando en su artículo 404.2 dice “El derecho de impugnación corresponde solo a quien la ley se lo confiere expresamente. Si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos”, deja abierta la posibilidad que el representante del Ministerio Público pueda recurrir una sentencia absolutoria o aquella que le cause agravio.

En ese sentido, la referencia expresa de esta norma internacional al condenado no excluye que los acusadores puedan recurrir una decisión absolutoria si no la considerasen ajustada a derecho; o a una condenatoria por estimarse insuficiente la condena, en aplicación del esencial principio de igualdad de las partes que excluye cualquier tipo de trato procesal discriminatorio³⁷. Adicionan que la razón de esta confusión se debe a que si bien los tratados internacionales sobre derechos humanos son base de interpretación de la normativa interna, esto no quiere decir que derogue normas que no van en contra de estas normas internacionales, el hecho que el Ministerio Público tenga la facultad de recurrir no quiere

36 MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Civitas, Pamplona, 2008, pp. 474 y 475.

37 MONTERO AROCA, Juan, et al. *Derecho jurisdiccional: proceso penal* T. III. Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 370.



decir que el acusado pierda esta facultad, la interpretación que solo el acusado tiene la facultad de recurrir es extrema y causa desprotección a la víctima y a la sociedad.

Desde el plano jurisprudencial tenemos que esta opción ha tenido reconocimiento en la sentencia recaída en el expediente 2008-01403-87-1308-JR-PE-1 emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura que señala³⁸:

“De lo actuado, no se aprecia en absoluto que la versión de la menor no sea uniforme, no sea creíble, no sea congruente y en especial que no exista una imputación formulada desde un inicio contra el acusado; siendo así y que estando a que una de las facultades señaladas en el artículo 419

- 38 Se explica más en el fundamento noveno: Que, siendo así y en atención a que existen plenos jurisdiccionales en el cual se señala que en esta clase de delitos cuando la verificación o la afirmación de la menor es continua, persistente, uniforme y permanente en el tiempo y que la misma no ha sufrido ninguna enmendadura, siendo así se deberá tener por ciertas las aseveraciones vertidas por la víctima, mas aún cuando se trata de una criatura que no se ha demostrado que tenga habilidades para exagerar o ser manipulada o tratarse de una mitómana; sin embargo el ad-quo la valora afirmando que la misma adolece de coherencia y solidez; sin embargo no ha tenido en cuenta de que existe una Pericia Psicológica y cuya perito fueron examinados por ellos mismos, donde les hacen ver el trauma que padece la menor; aunado a que al momento de oralizarse el acta de la inspección fiscal, y del registro domiciliario (donde se encontró la piñata) la misma que constituye una prueba Indiciaria, no han sido valorados en su debida extensión de manera conjunta, quedando en mera circunstancia referencial de que si el hecho de haberse encontrado una piñata se pueda relacionar a la presencia de globos ya que no se ha acreditado que días antes de la inspección fiscal en dicha vivienda se haya producido una fiesta infantil en su interior; sin embargo la existencia de dichos globos como ya se ha esbozado lo ha repetido no solo en la audiencia sino también ante la psicóloga, por lo que esto queda como un indicio que corroborado con el relato uniforme de la menor; con la acusación persistente de la misma; al acreditarse que la menor presenta trauma psicológico evidente ante la presencia de su agresor; que ante la recreación de la forma como la menor narró los hechos en su agravio en la Inspección Fiscal, aunado a que no se ha acreditado que de parte de la familia de la menor la existencia de algún grado de enemistad suficiente para una acusación tan grave que no viene de la madre sino de la propia menor afectada; mas aún cuando el acusado presuntamente habría sufragado los gastos de los daños ocasionados a la propiedad de la familia de la víctima, y siendo que aunque esta persona tuvo la oportunidad de defenderse tanto en los juicios de primera instancia como en la audiencia de apelación, en lugar de esclarecer la forma y explique del porque la familia le tendría un odio gratuito a su persona; o explique del por que de la presencia de la piñata colgada dentro de su vivienda; decidió guardar silencio; siendo así se tiene que la presunción de inocencia se ha quebrado en este caso particular por el sinnúmero de pruebas y el único indicio ya señalados líneas arriba que nos llevan a la convicción de la responsabilidad penal del acusado Canchari Melgar.



inciso 2 del CPP; es que: "El examen de la Sala Penal Superior tiene como propósito que la resolución impugnada, sea anulada o revocada, total o parcialmente. En este y último caso, tratándose de sentencias absolutorias podrá dictarse sentencias condenatorias"... Por estas consideraciones, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, por MAYORÍA, RESUELVE: REVOCAR en todos sus extremos la sentencia de fecha 14 de julio del 2009; donde se le ABSUELVE de la acusación fiscal al imputado del cargo de Actos, contra el pudor en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C; REFORMANDOLA se CONDENA por el delito contra la Libertad Sexual –modalidad de Actos contra el pudor– en agravio de la menor de iniciales E.C.L.C. a la PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD de SIETE AÑOS, fijándose por concepto de reparación civil la suma de DOS MIL NUEVOS SOLES" (subrayado nuestro).

2. Interpretación acusatoria inclinada al *common law* del artículo 14. 5.

La segunda interpretación respecto a este artículo tiene que ver con autores argentinos que tienen una forma particular de analizarlo, así como algunos autores peruanos que han adoptado esta interpretación para decir que no se puede condenar al absuelto.

Una primera precisión que se establece en esta forma de interpretación es que el Pacto ha determinado que todo condenado deberá tener un recurso contra esa condena, por lo que, si la persona es absuelta y luego en una segunda instancia condenada, en virtud del Pacto, deberá el Estado proveerle una instancia más que pueda revisar esta condena.

Bajo este razonamiento se señala que al no existir, en nuestro NCPP, una instancia superior que revise esta condena del absuelto se afecta la pluralidad de instancias, pues las legislaciones tributarias de este pacto exigen que toda persona condenada tiene el derecho que su condena sea revisada por una instancia superior.

En ese sentido, señala Oré Guardia³⁹, que parte del contenido del artículo 425. 3, literal b, le niega al procesado la interposición de un recurso ordinario que habilite la revisión de la que es en realidad, la primera condena, por lo que esto resulta un procedimiento inconstitucional y, por ende, contrario a la orientación acusatorio garantista del nuevo modelo. MAIER, además, señala que esta garantía procesal (...) debe conducir necesariamente a la exigencia de que para ejecutar una pena contra una

39 ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: La Condena del Absuelto". En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*, p. 103.



persona, se necesite una *doble conformidad judicial*, si el condenado la requiere⁴⁰. Esto trae como consecuencia que: primero, solo serían recurribles las sentencias penales condenatorias; y, segundo, que tal derecho solo le corresponda al condenado⁴¹. La concepción del recurso del imputado contra la condena como una de las garantías procesales en su persecución penal, según lo proponen las convenciones internacionales sobre derechos humanos, es incompatible con la concesión al acusador de un recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio –sistema “bilateral” de recursos–, precisamente porque implica la renovación de la persecución penal fracasada, esto es, en estricto sentido, someter al imputado –absuelto o condenado a una consecuencia jurídica menor a la pretendida– a un nuevo (doble) riesgo en relación a la aplicación de la ley penal. Debido a ello, el recurso acusatorio contra la sentencia de los tribunales de juicio representa un bis in ídem y nuestra legislación, que lo autoriza, lesiona al principio del Estado de Derecho que prohíbe la persecución penal múltiple.

Así también se ha pronunciado JAUCHEN⁴², quien señala que en el proceso penal la garantía del derecho al recurso está exclusivamente reservada para el imputado contra quien se ha dictado una sentencia condenatoria o bien, a pesar de ser absuelto, se lo ha obligado a cumplir con una medida de seguridad o corrección. Desde la vigencia de tales convenciones internacionales se produjo un cambio relevante en relación al anterior principio de bilateralidad en las facultades recursivas del enjuiciamiento penal.

Las posturas contrarias a esta interpretación tratan de salvar esta situación a través del recurso de casación, pues se ha señalado que este recurso sería el que analizaría la condena del absuelto, por lo que existiría un recurso efectivo contra esta decisión jurisdiccional.

Sin embargo, el recurso de apelación no posee los mismos límites del recurso de casación, así, relatando la experiencia española, señala DOIG DÍAZ⁴³,

40 MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 714.

41 NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Ob. cit., pp. 368 y 369.

42 JAUCHEN, Eduardo. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 451.

43 DOIG DÍAZ, Yolanda. “El Sistema de Recursos en el Proceso Penal Peruano: Hacia la Generalización de la Doble Instancia y la Instauración de la Casación”. Ob. cit., p. 195.



que el Estado español (ante una demanda por sus sistemas de recursos ante el Comité de Derechos Humanos, órgano que da las líneas de interpretación del PIDCyP), alegó que la casación, como único recurso en los casos de delitos graves, constituía prácticamente una segunda instancia; sin embargo, el Comité entendió de la información y los documentos presentados por el Estado Parte que no quedaba desvirtuada la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fue impuesta no fueran revisados íntegramente. El Comité concluyó que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitando dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumplía con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto. Por lo que la casación es inútil para estos efectos, lo que se requiere es un recurso de apelación.

Asimismo, se refiere que no puede existir un recurso para el Ministerio Público en base a la igualdad de armas, por que el fiscal y el imputado no son iguales, pues el Ministerio Público es parte del Estado y tiene a su disposición todo su poder persecutorio y el imputado no, por ello, no debería darse la facultad de impugnar al fiscal, pues con todo su poder ya tuvo la oportunidad de perseguir al procesado y no logró condenarlo, entonces, no debe de perseguírsele otra vez.

Así, MAIER⁴⁴, señala, desde una posición particular, que el principio *ne bis in ídem*, correctamente interpretado, debería conducir, por sí mismo, a impedir que el Estado, una vez que ha decidido provocar un juicio contra una persona ante sus propios tribunales de justicia; realice una nueva persecución penal en pos de la condena o de una condena más grave, pues esto somete al imputado a un nuevo riesgo de condena y eventualmente, a un nuevo juicio, habiendo ya una decisión sobre este punto.

Jurisprudencialmente tenemos que la sentencia recaída en el Expediente: 2008-12172-15 emitido por la Sala Penal Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa adoptó un criterio similar señalando:

“el tener que condenar a quien estuvo precedentemente absuelto, coloca al Tribunal Superior en una situación especial: emitiría una reformatio in peius que sería legal si existiera un tribunal revisor de mérito previsto para conocer de la probable impugnación, como lo señala el derecho constitucional nacional y el fundamental de los derechos humanos (Artículo 10

44 MAIER, Julio B. Ob. cit., p. 716.



y 11 DUDH; Artículo 4, 14 y 15 PIDC, Artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos). No resulta suficiente la existencia de un recurso de casación cuya naturaleza y finalidad procesal es distinta del recurso de apelación. Esa ausencia de un tribunal supremo para conocer de estas impugnaciones (independientemente de la dimensión de la sanción impuesta), coloca al que resultara recientemente condenado en la desventaja de no contar con un juicio de apelación (con actuación probatoria) sino solo de un recurso de casación (opción importante, pero desigual en relación a aquel que condenado en primera instancia, se defiende la condena en la segunda y si fuera ratificada su condena en el juicio de apelación, tendría –si la dimensión de la sanción lo permite– derecho a ejercitar un recurso casatorio). En síntesis sobre la materia concreta, aquel a quien se le aplica la reforma peyorativa resulta: a) condenado en instancia única (la segunda), dado que precedentemente fue absuelto, b) sin posibilidad de un juicio oral, público y contradictorio de revisión de la condena, y c) con la única posibilidad –además tasada– de ejercer un recurso de casación (que no es un juicio de mérito)... Ello no concuerda con el derecho fundamental, en especial el de todo condenado a contar con una instancia diferente y superior para la revisión –dentro de los marcos de la ley local... El legislador del D. Leg. 957 ha dado un paso importante al expulsar la posibilidad de la reforma peyorativa sin juzgamiento que antaño se decidía en los estrados judiciales de revisión, dando lugar al debido ejercicio del derecho de defensa al absuelto, pero, ha omitido el considerar una instancia superior que bajo las mismas reglas para toda impugnación de sentencia de condena, asuma la revisión (para honrar el derecho a la instancia judicial plural), con lo que coloca al tribunal superior en la imposibilidad de adoptar una decisión de tal orden y deja solo la opción de la anulación... la nulidad de lo actuado en sede de juzgamiento, resulta la única salida procesal para no generar una responsabilidad estatal que podría tener relevancia para la justicia internacional de los derechos humanos, por violación al debido proceso y a las garantías básicas del procesado... por lo que FALLAMOS:
1. DECLARANDO INAPLICABLE A ESTE CASO EN CONCRETO, parte del artículo 425.3.b del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957), esto es, únicamente en cuanto señala que ‘si la sentencia de primera instancia es absolutoria, puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiera lugar’; ello en tanto se habilite una instancia suprema de juzgamiento en revisión, POR COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL (revisión por otro Órgano Superior) QUE CONSAGRA LA CONSTITUCIÓN (artículo 139.6) Y LAS NORMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (Artículo 10 y 11 DUDH; Artículo 4, 14 y 15 PIDC, Artículo 8.2 de Convención Interamericana de Derechos Humanos). 2. MANDANDO se eleve en consulta

esta decisión de control constitucional y fundamental difuso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, formándose cuaderno de copias certificadas, con arreglo a ley; dando cuenta en caso de concederse recurso extraordinario de casación a las instancias supremas correspondientes. 3. DECLARANDO FUNDADA la nulidad de la sentencia impugnada (folios 23 a 27) que absolvió al acusado por el delito contra la libertad sexual, previsto en el artículo 173.3 y el último párrafo del mismo artículo del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales CVHQ, como lo propuso la Fiscalía Superior en lo Penal en la audiencia de apelación, y nulo el juzgamiento de primera instancia que le dio origen. 4. DISPONIENDO que el juicio oral se renueve por el Juzgado Colegiado llamado por ley, no pudiendo intervenir en su composición los señores Jueces que participaron del juicio y dictaron la sentencia apelada. 5. DEJANDO SENTADO que los componentes de este Colegiado Superior no conocerán de los pormenores o de la apelación de la nueva sentencia que pudiera pronunciarse como fruto de la renovación del juzgamiento oral. 6. EXIMIENDO del pago de costas de esta instancia a la parte apelante” (subrayado nuestro).

3. Nuestra postura

En el plano nacional, como dijimos, el derecho al recurso no se encuentra expresamente estipulado como un derecho fundamental reconocido en el artículo 2 de la norma fundamental, pero sí esta reconocido en el artículo 139 titulado “Principios de la Administración de Justicia” donde en su inciso 6 señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “La pluralidad de la instancia”.

Este reconocimiento a la pluralidad de instancias es el anclaje constitucional de este derecho a recurrir, pues se entiende que la pluralidad de instancias se aplica a través del derecho al recurso.

Como las normas constitucionales son normas de desarrollo, el NCPP en su artículo I del Título Preliminar, apartado 4 señala que las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la ley. Lo que da por sentado la vigencia plena del derecho al recurso en sede del proceso penal ante cualquier resolución que pueda causar agravio, no solo de la sentencia. Pero en su segunda parte señala, el citado artículo, que las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.

Sin embargo, este reconocimiento a nivel constitucional no señala expresamente que todo absuelto no pueda ser condenado, ni tampoco se infiere de ello, más aún cuando esta norma no solo se dirige al ámbito

penal, sino a todas las demás ramas en las cuales debe de existir un doble grado de jurisdicción.

Así, refiere PROAÑO CUEVA⁴⁵, que lo que nuestra Constitución consagra no es el principio de doble instancia, sino el principio de doble grado de jurisdicción, entendido en que todo juicio, salvo exceptuados por la ley debe pasar sucesivamente por el conocimiento pleno de dos tribunales.

En ese sentido, señala la Consulta 2491-2010-Arequipa, del catorce de setiembre de dos mil diez, emitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema que *“la condena del absuelto no afecta la garantía de la doble instancia, pues esta garantía, señala la Corte Suprema, se satisface con la posibilidad en condiciones de igualdad de dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos de modo que el segundo debe prevalecer sobre el segundo”*.

Sin embargo, debemos de acotar que esto también debe de ser concordado con el artículo 14.5 del PIDCyP (y no quedarse en el examen sesgado que se hace), el cual debe de ser analizado en base a criterios objetivos. Así, cuando los doctrinarios eurocontinentales establecen el origen de esta norma no establecen un criterio que pueda ser usado legislativa o jurisprudencialmente, pues es sabido que la interpretación histórica es una interpretación que busca argumentar para fundamentar teorías o para recabar el sentido de alguna institución desde el campo teórico, mas no así para aplicar normas, pues la interpretación histórica no sirve para esto, sino la sistemática, la lógica y otras.

Así, al analizar esta norma, se debe de tener en cuenta su finalidad, la cual es la protección del hombre, de lo que se desprende que esta no se refiere al Ministerio Público, en el sentido de excluir su facultad de impugnación, lo que garantiza es que tiene que haber un recurso que garantice la revisión del fallo. Partiendo de una premisa básica: tiene que haber un recurso a favor del condenado.

Por ello, no es correcto cuando la Corte Suprema en la consulta ya citada señala que con la condena del absuelto la acusación puede ser discutida tanto en la primera instancia como en la apelación. En ese

45 PROAÑO CUEVA, Cesar Augusto. “Doble instancia, *reformatio in peius* y otros conceptos mal entendidos: a propósito de la condena del absuelto”. En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*, p. 111.



mismo sentido, señala la referida consulta, que *“esta garantía (doble instancia) reconoce condiciones de igualdad tanto a la parte acusada como a la parte acusadora, no existiendo razón alguna para admitir que el ad quem solo pueda absolver al condenado cuando este cuestione la condena, pero no pueda condenar al absuelto cuando al parte acusadora cuestiones, precisamente con su recurso, tal absolución, así tenemos en cuenta la exigencia del principio de igualdad”*.

Esto desde un punto de vista formal puede ser correcto. Toda vez que hay dos partes y ambas merecen los mismos derechos, sin embargo, el acusado siempre tiene más derechos que otro sujeto procesal y no por eso se rompe la igualdad. Es claro que la Sala que ha emitido esta resolución no conoce el derecho penal y procesal penal (es una sala social y constitucional integrada por jueces civiles y previsionales), pues no puede decir libremente que el Ministerio Público e imputado estén en igualdad de condiciones, sino que el primero es una institución estatal que goza de derechos, recursos que nadie más goza en el proceso penal, así este referido principio de igualdad no es tal, pues no se puede tratar igual a los desiguales, eso crea más desigualdad.

A pesar de ello, el problema se puede ver desde otra óptica: la viabilidad del recurso de apelación para satisfacer el artículo 14.5 del Pacto, pues se ha interpretado que para asegurar una revisión de la condena del absuelto es necesario instaurar un tercer medio de impugnación que lo conocería, de repente, la Corte Suprema siguiendo el proceso para altos funcionarios, como señaló el profesor Jorge Luis Salas Arenas en la audiencia pública del VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema.

Otros abogan por su inconstitucionalidad, toda vez que señalan que existe una afectación al artículo 14.5 del Pacto, lo cual como vimos no es necesariamente cierto, sin embargo, lo que no se puede negar es que el Ministerio Público es un ente de persecución que tiene a su favor todo el aparato estatal y por el principio de igualdad no debe de dársele las mismas facultades que al imputado, pero esto es una análisis más allá del Pacto de política criminal.

En otro trabajo⁴⁶ hemos señalado que el sistema de recursos debe de ser configurado de una manera coherente con el sistema acusatorio y

46 SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. “El papel de la intermediación en la configuración del recurso de casación penal”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2, Agosto de 2009, pp. 295 *in fine*.



los valores democráticos que protege. En ese sentido, un sistema acusatorio como el nuestro debe de respetar la inmediación⁴⁷, pues en ella se da la contradicción y la oralidad, que ayudan a que se obtenga la mejor información posible para que el juez emita una decisión, por ello, el recurso de apelación configurado como tal (que puede examinar los hechos, así no haya habido inmediación) no puede tener mayor sustento, solo es posible un recurso como el de nulidad chileno que respete la inmediación de primera instancia, pues el hecho que se actúe prueba nueva en segunda instancia no quiere decir que se cumpla con la finalidad de la inmediación, ya que ella implica la continuidad y contradicción de todo el debate probatorio y no de una parte de ella.

Por ello, el recurso para las sentencias definitivas, por excelencia, debería ser uno como el recurso de nulidad de Chile, recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva, ante el tribunal que la dictó, con el objeto que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por el Estado que se encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo⁴⁸. Solo, de este modo, se puede proteger la inmediación y una correcta comprensión y debate en sede recursiva.

Es claro que los problemas acerca de este punto se deben a la mala regulación de los recursos, así, en un sistema de nulidades, el absuelto no tiene por qué ser condenado en una segunda instancia, como se ve en alguna jurisprudencia que causa afectación a la inmediación. Es por

47 Según la exposición de motivos del Código de Procedimientos Penales, la Sala Penal de la Corte Suprema de la República que conoce de un recurso de nulidad presentado contra la absolución del acusado, no podrá pronunciar sentencia condenatoria debido a que carece de inmediación; así, para la doctrina que subyace al viejo código "la condenación solo es posible alrededor y el influjo del acusado, mediante la defensa y disponiendo de los demás elementos constructivos de los que se carece en la vista de la causa por la Corte Suprema". VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "¿Condena en segunda instancia? A propósito del principio de inmediación. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 178, setiembre de 2008, pp. 139 y ss.

48 HORVITZ LENNON María Inés y LÓPEZ MASLE Julián. *Derecho procesal penal*. T. II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, pp. 402 y 403.



ello que la mejor solución es, en caso de que el tribunal *ad quem* vea que no está arreglada a derecho la absolución del imputado, disponer la nulidad del proceso como se hacía en el anterior sistema⁴⁹.

Pues como señala Velásquez⁵⁰ en un sistema de apelación donde esta se concibe como medio que permite la revisión de lo resuelto a efectos de corregir los errores producto de la falibilidad humana, la actuación de pruebas en segunda instancia resulta absolutamente contradictoria, dado que con relación a ella se producirá una primera valoración, que a su vez exigiría una revisión, pero que en todo caso ya no sería posible porque se está en segunda instancia.

VIII. CONCLUSIONES

1. El recurso de apelación es uno ordinario, devolutivo que favorece el derecho al recurso de todo ciudadano que se rige por los criterios de competencia, admisibilidad y procedibilidad del mismo.
2. La apelación de autos ha sido materia de análisis estableciéndose que si la persona del recurrente no acude a la audiencia de apelación se entenderá que se ha desistido de este recurso, esto es así en atención a los principios en los cuales se basa el NCPP y por razones de política criminal.
3. El recurso de apelación contra sentencias tiene como novedad la admisión de la actuación de pruebas en segunda instancia, la misma que está condicionada a ciertas reglas.
4. A la audiencia tiene que ir el procesado para que esta cumpla sus fines, sin embargo, si esto puede afectar sus derechos su presencia no será necesaria.
5. Una de las posibilidades de la sentencia en segunda instancia es el condenar a la persona que ha sido absuelta, se ha podido determinar que esta opción no es la más adecuada, situación causada por una mala re-

49 Mixan Mass, expresa que en el fondo de la prohibición de condenar al que fue absuelto anteriormente subyace el temor de que la Corte Suprema incurra en un grave error de apreciación que ponga en peligro la inocencia de muchos procesados, pues, los supremos no han visto ni han oído al procesado, no han visto las incidencias, el cúmulo de impresiones habidas en el juicio oral; y condenando en forma fría, solo en mérito de los actuados, a quien fue absuelto, podrían cometer en muchos casos verdaderas injusticias. MIXAN MASS, Florencio. *Juicio oral*. Marsol, Trujillo, 1994, pp. 561 y 562. (cit) VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. Ob. cit., p. 141.

50 *Ibidem*, p. 140.

gulación del NCPP, pues afecta la inmediación, por ello, como solución provisional se propone que no se condene en segunda instancia, sino que se declare la nulidad de la sentencia.

IX. BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

BURGOS MARIÑOS, Víctor. "Las nuevas y buenas prácticas en el proceso de implementación del NCPP y la contrarreforma". (en línea) <http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento-busqueda&seCID=1&search=burgos&catID=0&button=Buscar>

CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Tratado de derecho procesal penal*. T. V. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966.

DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho procesal penal: parte general*. Segundo tomo, Imprenta editorial Pérez Pacussich, Lima, (S.A.).

DOIG DÍAZ, Yolanda. "El Sistema de recursos en el proceso penal peruano: hacia la generalización de la doble instancia y la instauración de la casación". En: *Anuario de Derecho Penal: la reforma del proceso penal peruano*, Lima, 2004.

HORVITZ LENNON María Inés y LÓPEZ MASLE Julián. *Derecho procesal penal*. T. II. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

JAÉN VALLEJO, Manuel. "Los Principios de la Prueba en el Proceso Penal Español". (en línea) <http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/html/artjae1.htm>

JAUCHEN, Eduardo. *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005.

JERÍ CISNEROS, Julián Genaro y ZORRILLA ALIAGA, Dick Stens. "La impugnación: los recursos, el recurso de reposición y el recurso de apelación. Artículos 413 a 146 del código procesal penal". En: AA.VV. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Ara, editores, 2009

MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

MONCADA CASAFRANCA Vanessa Ivonne. "Inadmisibilidad del recurso por inasistencia de la parte recurrente a la audiencia de apelación de auto". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 9, Marzo de 2010.

MONROY PALACIOS, Juan José. "Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano". En: *Revista Oficial del Poder Judicial: Corte Suprema de Justicia de la República*. N° 1/1, año 2007.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*. Civitas, Pamplona, 2008.

MONTERO AROCA, Juan, et all. *Derecho jurisdiccional: proceso penal T. III*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

NEYRA FLORES, José Antonio. "Análisis de cuatro problemas, fundamentos y conclusiones del nuevo código procesal penal: a raíz del pleno jurisdiccional regional del NCPP Arequipa-julio 2009". En: *Revista Institucional de la AMAG T. II*. N° 9, 2009.

NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. IDEMSA, Lima, 2010.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. "Opinión para el VI Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema: La Condena del Absuelto" En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*.

PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Editorial Abeledo perrot, Buenos Aires, 1998.

PROAÑO CUEVA, Cesar Augusto. "Doble instancia, *reformatio in peius* y otros conceptos mal entendidos: a propósito de la condena del absuelto". En: *Materiales del VI Pleno Jurisdiccional*.

SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. "El papel de la intermediación en la configuración del recurso de casación penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2, Agosto de 2009.

VELÁSQUEZ DELGADO, Percy. "¿Condena en segunda instancia? A propósito del principio de intermediación". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 178, septiembre de 2008.



TÍTULO II LA APELACIÓN DE AUTOS

Artículo 420. Trámite

1. *Recibidos los autos, salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.*
2. *Absuelto el traslado o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, la causa queda expedita para ser resuelta, y se señalará día y hora para la audiencia de apelación.*
3. *Antes de la notificación de dicho decreto, el Ministerio Público y los demás sujetos procesales pueden presentar prueba documental o solicitar se agregue a los autos algún acto de investigación actuado con posterioridad a la interposición del recurso, de lo que se pondrá en conocimiento a los sujetos procesales por el plazo de tres días. Excepcionalmente la Sala podrá solicitar otras copias o las actuaciones originales, sin que esto implique la paralización del procedimiento.*
4. *El auto en el que la Sala declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.*
5. *A la audiencia de apelación podrán concurrir los sujetos procesales que lo estimen conveniente. En la audiencia, que no podrá aplazarse por ninguna circunstancia, se dará cuenta de la resolución recurrida, de los fundamentos del recurso y acto seguido, se oirá al abogado del recurrente y a los demás abogados de las partes asistentes. El acusado, en todo caso, tendrá derecho a la última palabra.*
6. *En cualquier momento de la audiencia, la Sala podrá formular preguntas al Fiscal o a los abogados de los demás sujetos procesales, o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.*
7. *Salvo los casos expresamente previstos en este Código, la Sala absolverá el grado en el plazo de veinte días.*

TÍTULO III LA APELACIÓN DE SENTENCIAS

Artículo 421. Trámite inicial

1. *Recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación por el plazo de cinco días.*



2. *Cumplida la absolución de agravios o vencido el plazo para hacerlo, si la Sala Penal Superior estima inadmisibile el recurso podrá rechazarlo de plano. En caso contrario, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días. El auto que declara inadmisibile el recurso podrá ser objeto de recurso de reposición, que se tramitará conforme al artículo 415.*

Artículo 422. Pruebas en Segunda Instancia

1. *El escrito de ofrecimiento de pruebas deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidat, el aporte que espera de la prueba ofrecida.*
2. *Sólo se admitirán los siguientes medios de prueba:*
 - a) *Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia;*
 - b) *Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva; y,*
 - c) *Los admitidos que no fueron practicados por causa no imputables a él.*
3. *Sólo se admitirán medios de prueba cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si sólo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil.*
4. *La Sala mediante auto, en el plazo de tres días, decidirá la admisibilidad de las pruebas ofrecidas en función a lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 155 y a los puntos materia de discusión en la apelación. La resolución es inimpugnable.*
5. *También serán citados aquellos testigos –incluidos los agraviados– que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.*



COMENTARIO:

**LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN SEGUNDA INSTANCIA, CON
ESPECIAL REFERENCIA A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA
PERSONAL**

GERSON WILFREDO CAMARENA ALIAGA*
FREDY VALENZUELA YLIZARBE**

Si bien el recurso de apelación no puede ser equiparado con la segunda instancia, es indudable que existe entre ambos una estrecha relación, dado que este medio impugnatorio ordinario es el que, por excelencia, permite acceder a la segunda instancia, la cual debe ser entendida como “una fase del proceso de declaración, una nueva etapa del mismo que, aunque en cierta medida autónoma, no supone en absoluto la apertura de un nuevo y distinto proceso”¹.

Siendo ello así, es necesario determinar el ámbito –la extensión– de esta nueva fase del proceso (segunda instancia), para lo cual es necesario, en rigor, ocuparnos del modelo de apelación que el Código Procesal Penal de 2004 adopta. Atendiendo a ello, a continuación, intentaremos identificar el modelo que asume el cuerpo normativo mencionado.

I. MODELOS DE APELACIÓN

El origen histórico de la apelación es, a decir de CALAMANDREI, contradictoria entre la doctrina romanística²; no obstante, más allá de dicha discusión, solo mencionaremos que la apelación, como medio de gravamen, surge en el derecho romano, específicamente en el periodo imperial³.

Nos interesa destacar que en el derecho romano “la *appellatio* conducía siempre, (...), a una nueva renovación de la *litis* ante el juez superior, a un *no-*

* Abogado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente académico del Estudio Oré Guardia. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Asistente académico del Estudio Oré Guardia. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

1 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Granada (Comares), 1996, pp. 48-50.

2 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tomo I, volumen I, Buenos Aires (Editorial Bibliográfica), 1945, p. 89.

3 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires (Depalma), 1988, p. 100.



vum iudicium que tenía por objeto la existencia del derecho sustancial hecho valer en primera instancia por el actor”⁴. Esta concepción, la primitiva apelación romana, fue modificándose —si bien no completamente— con el transcurrir del tiempo en Italia. No obstante, los cambios sustanciales ocurrieron en Germania, pues el instituto que se utilizaba para cuestionar una determinada decisión se diferenció completamente de la *appellatio* romana.

En efecto, en el derecho alemán, “en virtud de la recepción del derecho romano-italiano, al instituto germánico de la *Urteilsschelte* se fue sustituyendo, especialmente en los tribunales superiores, el instituto de la apelación, la concepción nacional que los derechos germánicos tenían del remedio contra la sentencia reaccionó sobre la nueva concepción introducida por el derecho extranjero; y la apelación, que originariamente debía conducir a un *novum iudicium* (...), se construyó en cambio en el derecho común alemán como el medio ordinario para provocar del juez superior el examen de la sentencia de primer grado. Semejante transformación de la apelación se manifestó especialmente en la prohibición de introducir en el juicio de segunda instancia pruebas y deducciones que no hubieran sido sometidas al conocimiento del primer juez (...) la admisión de nuevas pruebas en el juicio de apelación quedó, como consecuencia, excluida, y solamente por excepción admitida cuando la parte apelante, mediante un *iuramentum calumniae* (*Appellationseid Noveneid*) demostrase que la falta de deducción de las mismas en primer grado no era derivada de su negligencia”⁵.

Cabe indicar que “el modelo germánico de apelación-revisión encontrará su más concreta plasmación en el Reglamento Judicial (AGO) austriaca de 1895 (...)”⁶. Sobre la apelación austriaca, menciona OLIVIERI, que “(...) presenta una apelación caracterizada, bajo el perfil funcional, como una *revisio* del juicio de primer grado, en el cual el juez examina si «la sentencia impugnada ha sido legítimamente emitida en base al supuesto de hecho sustancial tal como formado y resultante en causa, al momento de la conclusión de la audiencia de sustanciación oral» [FASCHING] y en donde, como regla está prohibido no solo el planteamiento de nuevas demandas (o la simple modifi-

4 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tomo I, volumen I, Buenos Aires (Editorial Bibliográfica), 1945, p. 203.

5 CALAMANDREI, Piero. *La casación civil*. Tomo I, volumen I, Buenos Aires (Editorial Bibliográfica), 1945, pp. 204-206.

6 ARIANO DEHO, Eugenia. *En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil*, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2439/2391> (última visita, 06 de agosto de 2012).



cación de aquellas ya planteadas), sino también nuevas excepciones y nuevos medios de prueba”⁷.

Como vemos, históricamente existieron y aún existen en la actualidad dos modelos de apelación: la apelación limitada y la apelación plena. Las principales características de cada uno de ellas serán desarrolladas —a fin de que nos permita determinar el modelo al cual se adscribe el Código Procesal Penal de 2004—, brevemente, a continuación.

1. La apelación limitada

Este modelo de apelación, como vimos líneas arriba, surgió en Alemania, se plasmó en Austria, se adoptó en España, y este, a su vez, influyó a los países latinoamericanos, quienes lo adoptaron casi en su totalidad⁸.

En rigor, la apelación limitada solo admite que el juez superior reexamine la sentencia de primer grado, sin que para ello pueda realizar actividad probatoria, pues en este modelo la misma está proscrita en segunda instancia. Dicho de otro modo, mediante este modelo el juez *ad quem* realiza el examen y emite su decisión con los mismos elementos que el juez de primera instancia tuvo a la vista para emitir su decisión.

En este sentido se pronuncia VARELA GÓMEZ, pues de manera acertada sostiene que estaremos ante una “apelación limitada cuando solo es admisible la crítica de la resolución impugnada partiendo de los mismos materiales de la primera instancia más algunos nuevos de carácter excepcional”⁹.

Las características de este modelo, a decir de GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, son las siguientes: “a) La apelación se constituye en una simple revisión de la sentencia dictada en la primera instancia; b) El material instructorio es idéntico en ambas fases, sin resquicio alguno a la admisión del *ius novurum*; y c) la sentencia estimatoria del recurso es meramente negativa”¹⁰.

7 ARIANO DEHO, Eugenia. *En la búsqueda de nuestro “modelo” de apelación civil*, <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2439/2391> (última visita, 06 de agosto de 2012)

8 VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires (Depalma), 1988, pp. 101-102.

9 VARELA GÓMEZ, B. J. *El recurso de apelación penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, p. 68.

10 Citados por MARTÍNEZ LÁZARO, Javier, “El nuevo recurso de apelación penal” en GIMENO SENDRA (Dir.) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*. Volumen II, Madrid (Iustel), 2007, pp. 1023-1024.



2. La apelación plena

Surge, como ya lo mencionamos, en el Derecho Romano y fue adoptado por el Derecho francés e introducida a través de este a la mayoría de los países europeos. En buena cuenta, consiste en la revisión total y amplia del proceso, por lo que puede incorporarse nuevas excepciones y pretensiones en general, y nuevas pruebas¹¹.

El modelo de apelación plena, a decir de MONTERO AROCA, "supone que el tribunal superior, al realizar el examen del tema de fondo y al decidir sobre el mismo, cuenta con todos los materiales de hecho y probatorios con que contó el tribunal de primera instancia, más aquellos otros materiales que las partes han adoptado en el procedimiento de la segunda"¹². De ahí que sea considerado como un nuevo proceso, dado que, ante la inclusión de pruebas nuevas, es bastante probable que también el objeto procesal sea modificado.

GARBERÍ LLOBREGAT y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO sostienen que las principales características de la apelación plena son las siguientes: "a) se trata de una mera continuación de la primera instancia, b) El material instructorio de la segunda instancia se nutre del que fue aportado en el primer grado y del introducido como novedad en la segunda, admitiéndose nuevos hechos y nuevos medios de prueba, así como hechos y medios de prueba anteriores pero que no fueron utilizados, y c) La sentencia de apelación contiene un segundo pronunciamiento sobre la controversia"¹³.

3. Modelo asumido por el Código Procesal Penal de 2004

Determinar cuál es el modelo asumido o adoptado por el Código Procesal Penal de 2004 no es una tarea fácil, debido a que los artículos que regulan el recurso de apelación tienen —como veremos más adelante— particularidades que lo distinguen tanto del modelo de apelación limitado como del modelo pleno.

En cuanto al modelo adoptado por el Código Procesal Penal de 2004, DOIG DÍAZ sostiene que es uno limitado modulado, modulación que radi-

-
- 11 VESCOVI, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Buenos Aires (Depalma), 1988, pp. 101-102.
 - 12 MONTERO AROCA, Juan. *Los recursos en el proceso ante el Tribunal del Jurado*. Granada (Comares), 1996, pp. 32-34.
 - 13 Citados por MARTÍNEZ LÁZARO, Javier, "El nuevo recurso de apelación penal" en GIMENO SENDRA (Dir.) *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*. Volumen II, Madrid (Iustel), 2007, p. 1023.

ca en la posibilidad de introducir nuevos medios probatorios¹⁴. SAN MARTÍN CASTRO, en la misma línea, sostiene que el cuerpo de leyes mencionado ha optado, tendencialmente, por “un modelo de apelación restringido: ‘*revisio prioris instantiae*’, que importa un control de lo ya resuelto en primera instancia (modelo austriaco), pero con modulaciones frente al modelo pleno, que en lo esencial postula la reproducción del juicio oral, una segunda primera instancia (modelo alemán, *novun iudicium*)”¹⁵. NEYRA FLORES, por su parte, sostiene que “nos encontramos en una etapa de transición de un sistema mixto con preeminencia del sistema limitado hacia un sistema mixto con preeminencia del sistema pleno; (...)”¹⁶.

A nuestra consideración, nuestro modelo de apelación no es ni pleno ni limitado, es una mixtura de ambos, puesto que tiene aspectos que lo hacen limitado, pero también contiene cuestiones que lo acercan a uno de carácter pleno. En definitiva, luego de estudiar las características de nuestro recurso de apelación llegamos a la conclusión de que es un modelo limitado con ciertos rasgos de lo pleno.

En efecto, nuestro modelo de apelación puede ser catalogado de este modo, a nuestra consideración, principalmente, porque la actuación de los medios probatorios en segunda instancia está restringida a supuestos tasados, por lo que no estamos ante un modelo pleno, pero tampoco puede ser calificado como limitado, pues se permite actividad probatoria y, además, el juez se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debatida. En suma, por las características mencionadas, el modelo del Código Procesal Penal de 2004 debe ser considerado como uno de carácter híbrido: limitado con rasgos de lo pleno.

II. ACTIVIDAD PROBATORIA

Habiendo determinado el modelo de apelación del Código Procesal Penal de 2004, nos centraremos en desarrollar la actividad probatoria que permite en segunda instancia este cuerpo normativo, con especial énfasis en las pruebas personales, sobre todo, en la etapa de la valoración.

14 DOIG DÍAZ, Yolanda. “El recurso de apelación contra sentencias”, en CUBAS VILLANUEVA. *El nuevo proceso penal*. Lima (Palestra), 2005, p. 549.

15 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “Recursos de apelación y de casación penal”, en VILELA CARBAJAL (Coord.). *Teoría de la impugnación. I Jornada de Derecho Procesal Penal*. Lima (Palestra), 2009, p. 15.

16 NEYRA FLORES, José. *Manual del nuevo procesal penal y de litigación oral*. Lima (Idemsa), 2010, p. 390.



Ahora bien, para una mejor comprensión de la actividad probatoria hemos convenido en desarrollarlo en cuatro etapas: ofrecimiento, admisión, actuación y valoración, las cuales serán desarrolladas a continuación.

1. Ofrecimiento

Si la Sala Penal Superior declara admisible el recurso, comunicará a las partes que pueden ofrecer medios probatorios en el plazo de cinco días (artículo 421.2 CPP de 2004).

El derecho a la prueba en segunda instancia corresponde a todas las partes procesales, independientemente de que sean partes recurrentes o recurridas; en consecuencia, estos sujetos procesales pueden ofrecer, mediante un escrito, los medios probatorios que estimen conveniente, sin más límites que los establecidos legalmente (artículo 422.2 CPP de 2004).

El escrito de ofrecimiento de pruebas –en atención a lo prescrito en el artículo 422.1 CPP de 2004– deberá indicar específicamente, bajo sanción de inadmisibilidad, el aporte que espera de la prueba ofrecida. Ello significa que el escrito de ofrecimiento de pruebas debe estar debidamente motivado, de no ser así, las pruebas ofrecidas serán declaradas inadmisibles.

2. Admisión

Los medios de prueba solo serán admisibles cuando se impugne el juicio de culpabilidad o de inocencia. Si solo se cuestiona la determinación judicial de la sanción, las pruebas estarán referidas a ese único extremo. Si la apelación en su conjunto solo se refiere al objeto civil del proceso, rigen los límites estipulados en el artículo 374 del Código Procesal Civil (artículo 422.3 CPP de 2004).

La evaluación sobre la admisibilidad de los medios probatorios le corresponde al juez *ad quem*, la cual será realizada en el plazo de tres días (artículo 422.4 CPP de 2004); para ello tendrá en consideración, en virtud de la disposición citada, lo previsto en el artículo 155.2 del CPP de 2004, el cual concretamente exige que el *ad quem* emita un auto especialmente motivado y tan solo excluya las pruebas que no sean pertinentes y las prohibidas por la Ley.

Por regla general, en segunda instancia, solo se admiten medios de prueba complementarios, los cuales están prescritos en el artículo 422.2 del Código Procesal Penal de 2004 de la siguiente manera:

A. Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de su existencia¹⁷.

Comprender este supuesto no presenta mayores problemas, debido a que en el proceso penal se tiene, como horizonte, la obtención de la verdad; dicho de otro modo, la justicia del caso concreto nos obliga a contar con todos los medios necesarios que nos permitan hallar la realidad de lo acontecido; en tal sentido, no cabe duda de que las pruebas nuevas coadyuvan con dicho objetivo.

Es una prueba nueva, debido a que se toma conocimiento de su existencia con posterioridad a la decisión de la primera instancia, por lo que materialmente era imposible que se ofreciera esta prueba en primera instancia. En consecuencia, no opera la institución de la preclusión, por lo que no existe objeción alguna para que sean admitidos en segunda instancia.

Al momento de admitir los medios de prueba que se encuentran dentro de este supuesto, el tribunal revisor tendrá en consideración la justificación que en su escrito de ofrecimiento realiza el oferente, es decir, revisará si las alegaciones realizadas por este son razonables, pues de ello depende que los medios probatorios sean admitidos o no.

B. Los propuestos que fueron indebidamente denegados, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva.

ORTELLS RAMOS, al respecto, sostiene que se trataría de “la reproducción de una proposición de prueba de la primera instancia con modificación por parte del tribunal ‘ad quem’ del juicio sobre la pertinencia, en el que erró el juez ‘a quo’ con la consecuencia de denegar la admisión”¹⁸. En esta línea, CALDERÓN CUADRADO manifiesta que se trataría de corregir una irregularidad procedimental y como tal se va a exigir, por un lado, que la denegación sea indebida y, por otro, que se formule, siempre partiendo de esa proposición en tiempo y forma de la prueba en primera instancia, la correspondiente reserva¹⁹.

17 Sobre el particular puede revisarse ampliamente en CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La prueba en el recurso de apelación penal*. Valencia (Tirant lo blanch), 1999, pp. 86-96.

18 ORTELLS RAMOS, citado por CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Granada (Comares), 1996, p. 218.

19 CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *La prueba en el recurso de apelación penal*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1999, p. 97.



En nuestras palabras, se trata de un nuevo análisis realizado por el tribunal revisor sobre la pertinencia del medio probatorio que en primera instancia fue denegado. Atendiendo a ello, no habría ningún inconveniente en que el órgano *ad quem* lo admita, siempre que el oferente haya realizado la reserva del caso.

C. Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables al oferente.

Este supuesto se presenta en los casos donde, a pesar de haberse admitido la prueba, no pudo actuarse por causas que no le son imputables al oferente. Este supuesto puede darse, por ejemplo, por enfermedad del testigo, que motivó que este no asistiera a declarar a la audiencia.

El solicitante deberá explicar suficientemente las razones por las que no se pudo practicar la prueba, y, además, deslindar responsabilidad con la no práctica de los medios de prueba. En esta línea, GARBERÍ sostiene que el proponente deberá fundamentar cuales fueron "las circunstancias que motivaron la frustración de la prueba y argumentar acerca de la inexistencia de relación de causalidad entre dicha frustración y su conducta en primera instancia"²⁰. De ello se colige que el oferente no puede alegar este supuesto si él fue el causante de que el medio probatorio admitido no se haya actuado.

3. Actuación

Luego de pronunciarse sobre la admisión de los medios probatorios, la Sala Superior convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación (artículo 423.1 CPP de 2004).

Las pruebas que se actúan en la audiencia de apelación son aquellas que fueron admitidas por el tribunal revisor (artículo 424.3 CPP de 2004), las cuales ya fueron desarrolladas líneas arriba.

Sin embargo, adicionalmente a las pruebas establecidas por la disposición citada, cabe la posibilidad de actuar otras, las cuales se presentan, concretamente, en dos supuestos: el primero, regulado en el artículo 422.2 del Código Procesal Penal de 2004, establece que, por exigencias de inmediación y contradicción, pueden volver a declarar los testigos,

20 GARBERÍ, citado por CALDERÓN CUADRADO, María Pía. *Apelación de sentencias en el proceso penal abreviado*. Granada (Comares), 1996, p. 219.



incluidos los agraviados, que declararon en primera instancia para sustentar el juicio de hecho, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta del juicio.

Sobre el particular, DOIG DÍAZ sostiene que para que se presente este supuesto deben concurrir las siguientes circunstancias: en primer lugar, responda a las exigencias de inmediación y contradicción para sustentar el juicio de hecho; en segundo lugar, considere la Sala que su presencia resulta indispensable para sustentar el juicio de hecho; y, en tercer y último término, las partes hayan insistido en la presencia de estos²¹. SAN MARTÍN CASTRO, en la misma línea, sostiene que la convocatoria de los testigos y los agraviados necesita una insistencia de las partes, ergo, no cabe una citación de oficio, en consecuencia, si no existe pedido de parte, el juicio de hecho necesariamente quedará acreditado por lo declarado en el acta del juicio²².

Concordamos con los autores citados; en tal sentido, para que el órgano revisor llame a declarar a los testigos y los agraviados es condición necesaria que las partes hayan insistido en la presencia de los mismos; en otros términos, lo determinante para que estos asistan a declarar a la audiencia de apelación es que las partes hayan insistido en su presencia, lo cual significa que el órgano revisor no puede convocarlos de oficio.

El segundo supuesto está prescrito en el artículo 424.3 del Código Procesal Penal de 2004, el cual dispone que el interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.

Por último, cabe precisar que las pruebas que se actúan en segunda instancia, necesariamente deben realizarse en una audiencia pública, en la que tengan vigencia, en la medida de lo posible, los mismos principios que en la primera (artículo 424.1 CPP de 2004). Estos principios son: inmediación, contradicción, concentración y publicidad, principalmente.

21 DOIG DÍAZ, Yolanda. "El recurso de apelación contra sentencias", en CUBAS VILLANUEVA. *El nuevo proceso penal*. Lima (Palestra), 2005, p. 557.

22 SAN MARTÍN CASTRO, "Recursos de apelación y de casación penal", en VILELA CARBAJAL (Coord.). *Teoría de la impugnación. I Jornada de Derecho Procesal Penal*. Lima (Palestra), 2009, p. 21.



4. Valoración

La valoración es el juicio mediante el cual el Juez atribuye determinado valor o peso a los medios probatorios (introducidos al proceso) para formar determinada convicción respecto de los hechos que se juzgan²³.

Brevemente, los sistemas de valoración son tres:

- a) *Prueba legal o tasada*, donde la ley preestablece el valor de los medios probatorios²⁴. Este sistema de valoración estuvo recogido en nuestro Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863.
- b) *Íntima convicción*, donde se propugna la libertad del Juez para valorar los medios de pruebas. La ley ya no supone un límite al íntimo parecer del Juez²⁵.

De acuerdo con este sistema de valoración, el Juez no se encuentra obligado a fundamentar su decisión.

- c) *Libre convicción o sana crítica*, sistema que permite la valoración de los medios probatorios con la total libertad del Juez²⁶, pero acorde a determinadas normas (de la lógica, de la ciencia y la experiencia común)²⁷. Se busca que las conclusiones a las que se lleguen sean producto de un análisis racional de los medios probatorios²⁸. Es necesaria la motivación.

Sobre este último sistema de valoración, es importante tener en cuenta que –como bien indica MIRANDA ESTRAMPES– la libertad de valoración no impide, en principio, que la jurisprudencia o la propia ley pueda establecer determinadas reglas objetivas de utilización de la prueba, así

23 En similares términos GASCÓN ABELLÁN, María. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid (Marcial Pons), 1999, p. 157.

24 VARELA explica que el sistema de la prueba tasada fue impuesto como una reacción contra los fallos descalificantes debido a la arbitrariedad que ostentaban y la ignorancia de los jueces. VARELA, citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 106.

25 CAFFERATA NORES, José I. / HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal*. 6ª ed., Buenos Aires (Lexis Nexis), 2008, p. 56.

26 GASCÓN ABELLÁN indica que “el principio metodológico (negativo) que consiste simplemente en el rechazo de las pruebas legales como suficientes para determinar la decisión”. GASCÓN ABELLÁN, María. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid (Marcial Pons), 1999, p. 157.

27 CAFFERATA NORES, José I. / HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal*. 6ª ed., Buenos Aires (Lexis Nexis), 2008, pp. 57-58.

28 VÉLEZ MARICONDE, Alfredo. *Derecho procesal penal*. T. I, Córdoba (Lerner), 1981, p. 361.



como de suficiencia probatoria²⁹, pues dichas reglas se limitan a indicar al juez únicamente cuáles son las condiciones objetivas requeridas para la utilización de algunas pruebas, mas no determinan con carácter previo el valor o mérito de las mismas; esto es, su capacidad de persuasión. Una vez constatada la concurrencia de tales condiciones, el juez mantiene su libertad para atribuirles o no valor probatorio en orden a estimar destruida la presunción de inocencia³⁰.

El Código de procedimientos penales de 1940 se adscribía al sistema de la libre convicción o sana crítica, ello se infiere cuando impone al Juez tener como criterio de valoración el “criterio de conciencia” (artículo 283³¹). El Código procesal penal de 2004 también se adscribe a este sistema, pero exige –a diferencia del CdePP– la “valoración racional de la prueba”. Esto último significa que el grado de confirmación de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas³², lo cual no puede darse sin que el Juez tenga en cuenta ciertas normas jurídicas y reglas extrajurídicas que constituyen lineamientos racionales, objetivos y controlables que permitirán garantizar un elevado de estándar de suficiencia probatoria³³.

Entre las *normas jurídicas genéricas* de valoración podemos mencionar los siguientes: *i*) solo pueden ser valorados los medios probatorios legítimamente introducidos en el Juicio (393.1 CPP y VIII.1 TP CPP); *ii*) no tienen efecto alguno las pruebas obtenidas con violación al contenido esencial de los derechos fundamentales (VIII.2 TP CPP); *iii*) la valoración de los medios probatorios exige que, primero, se examinen de forma individual y, segundo, conjuntamente con los demás; *iv*) en la valoración, el Juez expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados (158.1 CPP); y *v*) la sentencia debe contener la valoración de la prueba que la sustenta con indicación del razonamiento que la justifique (394.3 CPP).

-
- 29 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal de 2004*, en <http://www.incipp.org.pe/modulos/documentos/archivos/mirandaestampres.pdf>, (última visita, 02 de junio de 2012).
- 30 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*, Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 126.
- 31 El artículo 283 del Código de procedimientos penales prescribe: “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”.
- 32 GASCÓN ABELLÁN, citado por TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 109.
- 33 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 109.



Son *normas jurídicas específicas* aquellas que establecen pautas de valoración de determinados medios probatorios. A modo de ejemplo, la confesión podrá ser valorada cuando esté debidamente corroborada, sea prestada libremente ante el Juez o Fiscal en presencia de su abogado (artículo 160.2).

Por último, las *reglas extrajurídicas*³⁴ se encuentran conformadas por: a) los principios de la lógica, constituido por las reglas de la coherencia y derivación, los principios lógicos de la identidad, de no contradicción, de tercio excluido y de razón suficiente³⁵; b) reglas de la ciencia, conformado por conocimientos generales o vulgares indiscutibles por su raíz científica³⁶; y, c) las máximas de la experiencia, conformado el “número de conclusiones extraídas de una serie de percepciones singulares pertenecientes a los más variados campos del conocimiento humano (técnica, moral, ciencia, conocimientos comunes, etc.), consideradas por el juez como suficientes para asignar cierto valor a los medios probatorios”³⁷.

Todos estos criterios aludidos constituyen, de este modo, un grueso de principios y reglas que el Juez deberá tener en cuenta en imperiosa labor de valoración de los medios probatorios.

Ahora bien, esta actividad de valoración tiene un procedimiento. El 393.2 del CPP lo regula al indicar que el Juez Penal procederá primero a examinar los medios probatorios de forma individual y, luego, conjuntamente con los demás.

El *examen o valoración individual* exige que el Juez atribuya determinado valor o peso a cada uno de los medios de prueba (introducidos al proceso) con el fin de formar convicción respecto de los hechos juzgados. Ello supone –como explica Talavera Elguera– tener en cuenta

34 Al respecto, SAN MARTÍN CASTRO explica que “[e]l Juez, en principio, solo puede evaluar auténticas pruebas, legítimamente incorporadas y debe utilizar los criterios de valoración racionales, desestimando por completo las apreciaciones puramente subjetivas o que vulneren las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos”. SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. *Derecho procesal penal*. T. II, 2ª ed., Lima (Grijley), 2006, p. 901.

35 Cfr. CAFFERATA NORES, José I. / HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal*. 6ª ed., Buenos Aires (Lexis Nexis), 2008, pp. 57-58

36 CAFFERATA NORES, José I. / HAIRABEDIÁN, Maximiliano. *La prueba en el proceso penal*. 6ª ed., Buenos Aires (Lexis Nexis), 2008, p. 58.

37 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 111.



subactividades racionales³⁸: **i)** juicio de fiabilidad, por el cual el Juez deberá comprobar que el medio probatorio cuente con todos los requisitos formales y materiales tanto para su actuación como su valoración, solo así cumplirá con su finalidad (acreditar la veracidad de un hecho); **ii)** interpretación, por la cual se busca extraer la información relevante y pertinente (hecho o contenido fáctico) del medio probatorio proporcionado, esto es, lo que la parte quiere transmitir mediante la introducción de un medio de prueba; **iii)** juicio de verosimilitud, que es el examen de credibilidad de los hechos obtenidos del medio probatorio, es decir, verifica la aceptabilidad o verosimilitud del hecho obtenido mediante la interpretación del medio de prueba, que sea *pasible* de corresponderse con la realidad; y **iv)** comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios, que consiste en confrontar los hechos inicialmente alegados con las partes con los hechos considerados verosímiles (creíbles) por los contenidos de los resultados probatorios y comprobar si éstos reafirman o consolidan aquellas originarias alegaciones o si, por el contrario, la desacreditan, las debilitan o ponen en duda.

El examen global de las pruebas, por otro lado, exige el análisis global de todos los resultados probatorios obtenidos de los medios de prueba presentados en el proceso. De este modo, el Juez elaborará un *iter fáctico* que se reconocerá como el relato de los hechos probados. Con ello se busca la acreditación de los hechos objeto del proceso en base al indicado análisis global de los resultados probatorios que se obtuvieron de los medios de prueba introducidos al proceso³⁹.

El análisis que venimos a exponer en el presente ensayo se restringe a la valoración de los medios de prueba personal, por lo que considero oportuno desarrollar brevemente su concepto y características.

Adoptando la tesis de DÖHRING, los medios probatorios en general, pueden ser clasificados en medios de prueba personal y medios de prueba real⁴⁰. Aunque el mismo DÖHRING indica esta clasificación no logra una división nítida, por lo menos queda claro que las manifestaciones brindadas por los testigos, peritos y litigantes son medios probatorios de

38 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 115 y ss.

39 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 120.

40 DÖHRING, Erich. *La práctica. Su práctica y apreciación* (trad. Banzhaf). Buencs Aires (EJEA), 1986, p. 20.



naturaleza personal, de ahí que se diga que el medio de prueba personal sea aquella suministrada por un ser humano⁴¹. El resto son los medios de prueba real⁴².

Lo que caracteriza a los medios probatorios de naturaleza personal es que entre el Juez y los hechos medie un ser humano, portador de noticias⁴³, el mismo que debe brindar la información de forma personal, pues una declaración introducida por escrito al juicio oral pierde su naturaleza personal⁴⁴.

Dicho esto, podemos observar que la valoración de los medios de prueba personal necesariamente transcurre por las fases antes indicadas. Así, sobre la valoración individual de los medios probatorios, podemos observar el siguiente análisis:

- Sobre el *juicio de fiabilidad*, podemos dar cuenta que en el caso de declaraciones del agraviado, testigo o perito, el Juez debe verificar si los sujetos reúnen, por lo menos en apariencia, las suficientes condiciones de normalidad como para poder fiarse de lo que dicen (independientemente de la posterior acreditación de veracidad de sus afirmaciones)⁴⁵. El CPP también establece que el testigo debe prestar juramento o promesa de honor de decir la verdad (170.1 CPP); en cambio, el testigo de referencia debe indicar el momento, lugar, personas y medios por los cuales obtuvo la información (166.2 CPP).

Bajo este criterio, el Juez debe verificar el cumplimiento de los requisitos que establece la ley para que el medio probatorio sea legítimo, caso contrario no podrá ser utilizado⁴⁶.

- La *interpretación* buscará obtener el contenido relevante de la declaración. En caso del testigo, el Juez buscará la versión de los

41 BENTHAM, citado por CHOCANO NÚÑEZ, Percy. *Derecho probatorio y Derechos Humanos*. 2ª ed., Lima (Idemsa), 2008, p. 189.

42 DÖHRING, Erich. *La práctica. Su práctica y apreciación* (trad. Banzhaf). Buenos Aires (EJEA), 1986, p. 20.

43 DÖHRING, Erich. *La práctica. Su práctica y apreciación* (trad. Banzhaf). Buenos Aires (EJEA), 1986, p. 21.

44 CHOCANO NÚÑEZ, Percy. *Derecho probatorio y Derechos Humanos*. 2ª ed., Lima (Idemsa), 2008, p. 189.

45 CLIMANT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. T. I, 2ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2005, p. 87-88.

46 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 117.



hechos, lo que el testigo percibió a través de sus sentidos. De la misma manera procederá con el agraviado y el imputado. Por otro lado, en caso del perito buscará las opiniones o conclusiones a las que arribó.

De este modo, mediante la interpretación el Juez buscará “determinar el hecho que constituye el objeto de la prueba practicada”⁴⁷.

- El juicio de *verosimilitud* busca que el Juez otorgue credibilidad o aceptabilidad a los hechos obtenidos de la declaración de los testigos, agraviados, etc. En este estadio, el Juez verificará que los estos hechos (obtenidos de las declaraciones) se condigan con las leyes de la física y la naturaleza, por ejemplo, o que los relatos no se alejen notoriamente de los hechos juzgados.
- La *comparación de los hechos alegados con los resultados probatorios* supone un juicio que puede practicarse únicamente en el caso en concreto. El Juez debe verificar que los hechos obtenidos de las declaraciones se correspondan con los hechos alegados. Solo así el Juez podrá considerar que el hecho alegado ha sido acreditado, desacreditado, débil o dudoso en función a la comparación con los hechos obtenidos de la declaración del agraviado, por ejemplo.

La valoración global abarcará el análisis de todos los medios de prueba, por lo que considerará tanto a pruebas personales y reales. De este modo, se busca –a través de esta valoración– “organizar de un modo coherente los hechos que resulten acreditados por las diversas pruebas [declaraciones], sin contradicciones y de conformidad con la base fáctica empleada para alcanzar el efecto jurídico pretendido por la parte”⁴⁸.

Respecto a la propia labor de valoración de la prueba personal, debemos tener en cuenta que el órgano jurisdiccional *ad quem* solo puede valorar los medios probatorios que se actuaron ante él, ello en virtud del principio de inmediación. Dicho de otro modo, las pruebas personales que fueron actuadas con inmediación en primera instancia no pueden ser revaloradas por el órgano *ad quem*, lo que significa que este órgano debe respetar el mérito o conclusión probatoria realizada por el *a quo*.

47 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 118.

48 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La prueba. En el nuevo proceso penal*. Lima (AMAG/GTZ), 2009, p. 120.



En esta línea, MONTERO AROCA y FLORS MATÍEZ sostienen que “...tratándose de pruebas personales, como la testifical, la única intermediación es aquélla de la que goza el tribunal de instancia, a quien corresponde su valoración conforme a los principios de oralidad y su consecuencia la intermediación, debiendo prevalecer esa valoración salvo que se evidencia un fallo en el razonamiento lógico o en el *iter* inductivo del juzgador de instancia, o cuando por el mismo se establezcan afirmaciones o conclusiones arbitrarias o absurdas, y lo mismo debe decirse cuando se trata de la prueba pericial”⁴⁹.

El Tribunal Constitucional español, a partir de la STC 167/2002, proscribe que los órganos de segunda instancia dicten una sentencia condenatoria cuando la sentencia recurrida es absolutoria o solo parcialmente condenatoria en aquellos casos en los que la decisión dependa de la valoración de pruebas personales, para ello tiene como fundamento al principio de intermediación. En estos casos –a decir del Tribunal Constitucional español–, el órgano *ad quem* no está en condiciones de valorar una prueba que no ha presenciado directamente y, por tanto, no puede sustituir una sentencia absolutoria por una condenatoria cuando así se desprenda de una nueva valoración de pruebas de naturaleza personal⁵⁰.

El Código Procesal Penal de 2004 sigue la línea de lo que se sostiene a nivel de doctrina y jurisprudencia comparada, pues es claro al prescribir que el órgano jurisdiccional de segunda instancia no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el juez de primera instancia. Sin embargo, hace la precisión de que esta prescripción no será observada cuando exista prueba en segunda instancia que cuestione el valor probatorio de la prueba de primera instancia (artículo 425.2 CPP de 2004).

A nivel de jurisprudencia nacional, la Sala Penal de Apelaciones de Huaura ha sostenido que si una sentencia condenatoria se fundamenta en una prueba testimonial de cargo que el juzgador de primera instancia ha visto y oído de manera personal e inmediata (intermediación), se comprende que la valoración de dicha prueba es un privilegio exclusivo del Juez *a quo* y que el Juez *ad quem* no podrá someterla a nueva valoración

49 Citado por PICÓ I JUNOY. “Valoración de la prueba y segunda instancia civil: hacia la búsqueda del necesario equilibrio”. *Revista jurídica de Catalunya*, 3/2009, p. 57.

50 Citada por FERNÁNDEZ LÓPEZ. *La valoración de pruebas personales y el estándar de la duda razonable*, <http://www.uv.es/CEFD/15/fernandez.pdf>.

por ningún motivo. De este modo, la ausencia de intermediación constituye un límite insalvable para valorar la prueba personal en segunda instancia⁵¹.

Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema⁵² manifiesta que en materia de valoración de prueba personal, es cierto que el Juez *ad quem*, en virtud a los principios de intermediación y de oralidad, no está autorizado a variar la conclusión o valoración dada por el *a quo*. Ello, desde luego, reduce el criterio fiscalizador del Tribunal de Apelación, pero no lo elimina.

Agrega la Sala Penal, que en los casos de valoración de prueba personal en segunda instancia, el *ad quem* tiene un margen de control o intervención que está vinculado a la coherencia interna de la valoración realizada por el *ad quo* y que tiene que ver con aquello que la doctrina comparada denomina “zonas abiertas”. Las zonas opacas son los datos expresados por los testigos estrechamente ligados a la intermediación por lo que la valoración dada en primera instancia no es susceptible de revisión y, en consecuencia, no es pasible de variación. Las zonas abiertas, sin embargo, son aspectos relativos a la estructura racional del propio contenido de la prueba, ajenos a la percepción sensorial del juzgador de primera instancia que pueden ser objeto de fiscalización a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos. Este último caso puede darse cuando el Juez *a quo* asume como probado un hecho: a) es apreciado con manifiesto error o de modo radicalmente inexacto; b) es oscuro, impreciso, dubitativo, ininteligible, incompleto, incongruente o contradictorio en sí mismo; o, c) pudo ser desvirtuado por pruebas practicadas en segunda instancia.

Finalmente, concluye la Corte Suprema que en la prueba personal, el Juez *ad quem* debe valorar también la coherencia y persistencia de los principales testigos de cargo. Teniendo en cuenta ello, el hecho de que un testigo brinde diversas versiones en el proceso no inhabilita al órgano jurisdiccional a optar por una de las versiones siempre y cuando explicita los motivos por los cuales se decidió de esa forma; para ello, se valdrá de las reglas de la experiencia, la verificación de la suficiencia, el análisis del conjunto de prueba apreciada por el Juez *a quo* y, el razonamiento sólido y completo que este mismo haya realizado.

51 Exp. 2007-00214-Huaura (Cons. 04 y 05).

52 Cas. 05-2007-Huaura (Cons.7).



En la misma línea se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema, al manifestar que el Juez Superior no puede otorgar valor probatorio distinto a la prueba personal que fue objeto de inmediación, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia; situación que no se presentó en el caso concreto, pues las partes no ofrecieron prueba nueva.

Queda claro, entonces, que le está prohibido al órgano de apelación, valorar nuevamente la prueba personal actuada en primera instancia y, en consecuencia, otorgarle un valor probatorio distinto, cuando no exista prueba nueva que cuestione su valor. Sin embargo, ello no significa, de ningún modo, que el órgano *ad quem* no pueda controlar, sin más límites, la valoración probatoria realizada por el *a quo*.

En efecto, como bien sostiene CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “estimar acreditado que el Juzgador de instancia cometió un error al valorar la prueba es algo sustancialmente distinto de realizar una nueva valoración probatoria partiendo de cero, que es lo propio de un sistema de apelación limitado”⁵³, es decir, una cosa es controlar la valoración probatoria del *a quo* y otra, muy distinta, es que el *ad quem* realice una revalorización de la prueba valorada por aquel. La primera está permitida, mientras que la segunda está proscrita.

53 CONDE-PUMPIDO TOURÓN. “El derecho a la doble instancia penal presente y futuro. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal”, en: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, (dir.). *Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho judicial*. Madrid (Consejo General del Poder Judicial), 2004, p. 51.

Artículo 423. Emplazamiento para la audiencia de apelación

- 1. Decidida la admisibilidad de la prueba ofrecida, en ese mismo auto se convocará a las partes, incluso a los imputados no recurrentes, para la audiencia de apelación.**
- 2. Es obligatoria la asistencia del Fiscal y del imputado recurrente, así como de todos los imputados recurridos en caso la impugnación fuere interpuesta por el Fiscal.**
- 3. Si el acusado recurrente no concurre injustificadamente a la audiencia, se declarará la inadmisibilidad del recurso que interpuso. De igual manera se procederá si no concurre el Fiscal cuando es parte recurrente.**
- 4. Si los imputados son partes recurridas, su inasistencia no impedirá la realización de la audiencia, sin perjuicio de disponer su conducción coactiva y declararlos reos contumaces.**
- 5. Es, asimismo, obligatoria la concurrencia de las partes privadas si ellas únicamente han interpuesto el recurso, bajo sanción de declaración de inadmisibilidad de la apelación; y,**
- 6. Si la apelación en su conjunto sólo se refiere al objeto civil del proceso, no es obligatoria la concurrencia del imputado ni del tercero civil.**

Artículo 424. Audiencia de apelación

- 1. En la audiencia de apelación se observarán, en cuanto sean aplicables, las normas relativas al juicio de primera instancia.**
- 2. Al iniciar el debate se hará una relación de la sentencia recurrida y de las impugnaciones correspondientes. Acto seguido, se dará la oportunidad a las partes para desistirse total o parcialmente de la apelación interpuesta, así como para que ratifiquen los motivos de la apelación.**
- 3. A continuación se actuarán las pruebas admitidas. El interrogatorio de los imputados es un paso obligatorio cuando se discute el juicio de hecho de la sentencia de primera instancia, salvo que decidan abstenerse de declarar.**
- 4. Pueden darse lectura en la audiencia de apelación, aún de oficio, al informe pericial y al examen del perito, a las actuaciones del juicio de primera instancia no objetadas por las partes, así como, dentro de los límites previstos en el artículo 383, a las actuaciones cumplidas en las etapas precedentes.**
- 5. Al culminar la actuación de pruebas, las partes alegarán por su orden empezando por las recurrentes, de conformidad en lo pertinente con el numeral 1) del artículo 386. El imputado tendrá derecho a la última palabra. Rige lo dispuesto en el numeral 5) del artículo 386.**

Artículo 425. Sentencia de Segunda Instancia

1. *Rige para la deliberación y expedición de la sentencia de segunda instancia lo dispuesto, en lo pertinente, en el artículo 393. El plazo para dictar sentencia no podrá exceder de diez días. Para la absolución del grado se requiere mayoría de votos.*
2. *La Sala Penal Superior sólo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y de las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuada en segunda instancia.*
3. *La sentencia de segunda instancia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 409, puede:*
 - a) *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;*
 - b) *Dentro de los límites del recurso, confirmar o revocar la sentencia apelada. Si la sentencia de primera instancia es absolutoria puede dictar sentencia condenatoria imponiendo las sanciones y reparación civil a que hubiere lugar o referir la absolución a una causa diversa a la enunciada por el Juez. Si la sentencia de primera instancia es condenatoria puede dictar sentencia absolutoria o dar al hecho, en caso haya sido propuesto por la acusación fiscal y el recurso correspondiente, una denominación jurídica distinta o más grave de la señalada por el Juez de Primera Instancia. También puede modificar la sanción impuesta, así como imponer, modificar o excluir penas accesorias, conjuntas o medidas de seguridad.*
4. *La sentencia de segunda instancia se pronunciará siempre en audiencia pública. Para estos efectos se notificará a las partes la fecha de la audiencia. El acto se llevará a cabo con las partes que asistan. No será posible aplazarla bajo ninguna circunstancia.*
5. *Contra la sentencia de segunda instancia sólo procede el pedido de aclaración o corrección y recurso de casación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos para su admisión.*
6. *Leída y notificada la sentencia de segunda instancia, luego de vencerse el plazo para intentar recurrirla, el expediente será remitido al Juez que corresponde ejecutarla conforme a lo dispuesto en este Código.*



COMENTARIO:

LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

PEDRO ANGULO ARANA*

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo Código Procesal Penal (NCPP) tiene, entre otras importantes novedades, un explícito reconocimiento a la denominada prueba preconstituida que, como bien sabemos, constituye una de las pocas excepciones a la regla general acerca de que la actuación probatoria se realiza únicamente en el juicio oral.

Por cierto, el tratamiento de la prueba en cuestión resulta ser excesivamente escueto; en verdad, casi dejado a la futura jurisprudencia, pues se le menciona únicamente en una norma del Código Adjetivo (artículo 425, inciso 2). Advertimos, en razón de dicho vacío dejado, la existencia de poca seguridad respecto a los límites, fundamento, regularidad y funcionamiento de tal prueba¹.

Ello mismo hace interesante el tratamiento que puede hacerse de la prueba preconstituida, cuya configuración tiene origen, sobre todo, en la instancia policial, particularmente en los casos de flagrancia y también a nivel de las diligencias iniciales de investigación y otros operativos, cuando todavía los fiscales carecen de la *notitia criminis* y se efectúan actuaciones que no volverá a existir oportunidad de que se repitan.

De todos modos, cabría preguntarnos si se puede sostener que se hace algún género de desarrollo de dicha prueba, al interior del Código Adjetivo, aunque de modo innominado, tal como se podría sospechar que sucede en la última parte del artículo 325 y los incisos b y c del artículo 383 del NCPP.

Ahora bien, si es verdad que todo ejercicio de poder, tal como lo es el proceso penal, se encamina a lograr valores sociales significativos, quizá sea

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Penal en la USMP, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y en la AMAG.

1 En Argentina, aparentemente sucede lo mismo, puesto que teniéndose en claro que la Policía judicial, durante la prevención, procede a asegurar pruebas o recogerlas, y sustentándose ello, sin embargo, no parece que se hubiera desarrollado la noción de prueba preconstituida. Puede verse: CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Astrea. Buenos Aires, 1996, págs. 60 y sgtes.



válido, en el mismo sentido, preguntarnos acerca de los fundamentos de este tipo de prueba, diferenciándolas de las que se actúan a nivel del juicio oral, contando en aquel momento con muchas más garantías. Ensayando en estos tópicos algunas respuestas, aunque sean provisionales hasta contar con otras mejores, pretendemos justificar este trabajo.

II. CONCEPTO

De la pruebas preconstituidas se ha dicho que “hacen referencia a un conjunto de actuaciones de por si irrepetibles y que por esa circunstancia podrían formar parte del acervo probatorio con el que cuenta el órgano jurisdiccional”².

César San Martín las define como aquellas diligencias objetivas y de resultado incontestable cumplidas con las formalidades constitucionales y procesales correspondientes, tales como inspecciones oculares, allanamientos, registros, secuestros o incautación y aprehensión³.

Para Pablo Sánchez: “La prueba preconstituida es aquella que preexiste al proceso penal, que es anterior a la actividad prejurisdiccional; pero, de suma utilidad para alcanzar al juzgador elementos probatorios sobre el *thema probandum* y que se actúan directamente en el juicio oral, bajo principios fundamentales”⁴.

Se aprecia, pues, que la prueba preconstituida identifica tanto al recojo de elementos materiales relacionados con la comisión de un ilícito como a las diligencias actuadas por la autoridad encargada de investigar tales hechos con anterioridad al inicio del proceso penal formal, las cuales se requiere que adquieran calidad de prueba en razón de su virtud para dar a conocer la realidad de los hechos acontecidos.

El profesor Sánchez Velarde distingue bien que el significado y alcance de la prueba preconstituida en materia civil, resulta sumamente distinta a la prueba preconstituida en materia penal, pues en el primer caso se encuentra regulada en la ley teniendo naturaleza formal y produciéndose con la finalidad de obtener un medio de prueba⁵.

2 CÁCERES J., Roberto E. y IPARRAGUIRRE N., Ronald D. *Código Procesal comentado*. Jurista Editores. Lima, 2005, pág. 311.

3 SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Grijley. Lima, 2005, pág. 458.

4 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Lima, 2004, pág. 662.

5 *Ibíd.*, pág. 662.

III. DESARROLLO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

La adopción de la prueba preconstituida, entre nosotros, aparentemente ha ocurrido a partir del conocimiento de los desarrollos jurisprudenciales y de los trabajos teórico doctrinarios efectuados en España⁶, donde en la etapa de la investigación del delito actúa todavía un juez de instrucción, al cual teóricamente (a diferencia de lo que sucedió entre nosotros) se le considera independiente e imparcial.

A partir de tal concepción de principios, se consideró que la prevención del juez, en la etapa instructora, justificaba “la guarda o la custodia de fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida”, donde se registran actividades caracterizadas por su fugacidad o irrepetibilidad, las cuales se consideran aptas para desvirtuar la presunción de inocencia, permitiéndole al tribunal extender su conocimiento sobre aquellas para fundamentar la sentencia de condena.

De tal noción, donde el juez genera pruebas preconstituidas a partir de las fuentes de prueba, se extendió dicha opinión para que el tribunal asuma conocimiento también de los actos de la Policía judicial, plasmados en las correspondientes actas de registro, siempre y cuando se cumplieran las garantías previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrim) para tales diligencias. Así fue que se pasó a valorar las fotografías, el recojo de huellas y demás actas de constancia policial, las mismas que, para alcanzar calidad de prueba preconstituida, debían ser leídas en el juicio oral, posibilitando su contradicción.

Para Marta Gómez de Liaño, lo ocurrido fue que luego de la necesaria intervención del juez, se concluyó reconociendo, en la práctica, 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”⁷.

Gómez de Liaño, en coincidencia con las ideas de Ortells Ramos, sostiene que la noción de prueba preconstituida configura un concepto más amplio

6 Ver: Materiales de lectura preparados por el profesor César San Martín Castro, con la asistencia del profesor César Azabache C., para el curso taller sobre obtención y valoración de los medios probatorios en el proceso penal. Academia de la Magistratura. Lima, julio de 1997. Allí, como Lectura N° 3, aparece “Los actos de investigación y de prueba”. En: *Derecho Procesal Penal* de Vicente Gimeno Sendra (Colex. Madrid. 1996, págs. 367 a 381).

7 GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, Marta. “La prueba anticipada”. En: *El Nuevo Proceso Penal. Estudios fundamentales*. Víctor Cubas V. y otros (coordinadores). Palestra. Lima, 2005, pág. 463.



que la idea de prueba anticipada, pues aquella se conforma sobre un hecho objetivo típico, concluyéndose que la acreditación de la existencia del mismo no tiene que requerir necesariamente de intervención judicial⁸.

Las actas de aprehensión de los delincuentes sorprendidos *in fraganti*, de la constatación del cuerpo, de los efectos o instrumentos del delito, del hallazgo de drogas, armas, etc., los croquis sobre el terreno, las fotografías obtenidas en el lugar de la comisión del delito y la comprobación de la alcoholemia, en tanto registros objetivos de tales hechos, se concluyó que resultaban ser de imposible reproducción en idénticas circunstancias a las acontecidas cuando se levantaron.

En Colombia también ha alcanzado suma claridad la prueba preconstituida, conforme indica Jaime Bernal, citando también a Hernando Devis Echandía, llegándose a sostener que "las pruebas practicadas durante la indagación previa tienen valor probatorio por sí mismas, es decir, no es necesaria su repetición dentro del proceso para que puedan servir de fundamento a cualquier decisión jurisdiccional. No obstante, de oficio o a petición de parte, pueden reiterarse, cuando ello fuere posible"⁹.

Un hito particular, entre nosotros, lo constituyó la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 3 de enero de 2003, en el Expediente N° 010-2002-AI/TC sobre los Decretos Leyes antiterroristas, donde el Tribunal Constitucional diferenció entre fuentes de prueba y medios de prueba, refiriendo que los primeros constituyen realidades extraprocesales cuya existencia es independiente al proceso, posibilitando que las fuentes de prueba adquieran calidad de prueba preconstituida a nivel del juicio oral, si su obtención se llevó a cabo con estricto respeto a los derechos fundamentales.

IV. DIFERENCIAS ENTRE PRUEBA PRECONSTITUIDA Y PRUEBA ANTICIPADA

En el siguiente cuadro pretendemos efectuar una comparación y diferenciación, a la vez, entre la prueba preconstituida y la prueba anticipada, según veremos:

8 GÓMEZ DE LIAÑO. Ob. cit., pág. 464.

9 BERNAL, Jaime y MONTEALEGRE, Eduardo. *El proceso penal*. Universidad de Externado de Colombia. Bogotá, 1995, pág. 49. Hernando Devis Echandía presentó una ponencia sobre este tema ante el Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en Barranquilla-Colombia del 24 al 29 de agosto de 1981.



PRUEBA ANTICIPADA	PRUEBA PRECONSTITUIDA
Fase preparatoria	Flagrancia Fase inicial
Actuación jurisdiccional	Actuación policial
Naturaleza repetible circunstancialmente	Naturaleza irrepetible
Garantías propias del juicio oral Valor por contradicción, inmediatez	Regularidad de actuación Presunción de autenticidad
La incorpora solo la lectura	Se incorpora validándose
Requiere notificar a sujeto procesal opuesto	No hay sujeto procesal opuesto
Urgencia circunstancial	Urgencia natural

V. FUNDAMENTO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

La legitimidad de la prueba preconstituida necesariamente se diferencia de la prueba común que se actúa a nivel del juicio oral, con todas las garantías previstas en él, que es lo que le concede legitimidad.

1. La lógica y el sentido común

Nuestros maestros, para ofrecernos un derrotero claro al momento de escoger entre las interpretaciones posibles de la norma jurídica, siempre nos recomendaron que debiéramos atenernos a la lógica y al sentido común. Y debemos expresar, en tal sentido, que, como fundamento para la legitimidad y aceptación de la prueba preconstituida, apelar a la lógica y al sentido común nos parece simplemente crucial.

Ello mismo nos permitirá, en principio, hacer a un lado la exigencia del juicio oral previo para que aquella adquiera valor, puesto que lo que imposibilita su reproducción en tal etapa no es un capricho, sino su sustancial naturaleza irreproducible.

Ante el reconocimiento de esta última calidad, la pretensión de que solo valga lo actuado a nivel de juicio oral y que, por lo tanto, todo lo preprocesal deba ser desechado e ignorado, solo como oblación a la "estelaridad del juicio oral", se constituye en un fundamento

dogmático, en el peor sentido, tanto como necio que, por lo demás, ignora la lógica y los fines del proceso penal, previos al establecimiento de lo justo¹⁰.

No resulta ocioso sustentar que la valoración de los elementos de prueba y fuentes de prueba, recogidos previamente a la existencia del mismo proceso penal, se orienta a los fines clásicos e irrenunciables del proceso penal, tales como la orientación de la búsqueda de la verdad, la formación debida de la convicción judicial y la realización de la justicia, antes que el mismo combate a la impunidad.

Esto es que aceptar que solo por el objetivo de combatir el delito se hace necesario valorar la prueba preconstituida tendría una orientación irremediabilmente persecutoria y, por ende, tal fundamento resultaría inquisitivo. Por el contrario, la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia, como fundamento de la prueba preconstituida, constituyen argumentos teleológicos y axiológicos intrínsecos al proceso penal, por lo menos mientras no se descubran otros mejores¹¹.

Por otro lado, el aseguramiento de fuentes de prueba o el recojo o actuación de diligencias en la etapa preprocesal, significa el registro de actos absolutamente objetivos, que no resultan, en principio, oponibles a una persona en concreto, pues tampoco existen hechos imputados y, además, lo único que podría reprochárseles sería defectos por descuido o falta de pericia, fallas o errores, etc., lo que podría perjudicar a alguien en particular, solo en casos concretos; pero, intrínsecamente, fuera de ello, no se le podría reprochar nada.

Así pues, a una fotografía, a un video, a un recojo de huellas dactilares o a un croquis no se le pueden oponer más que la ausencia de deta-

10 A pesar de que nos remitimos a España para conocer el desarrollo de la prueba preconstituida, debemos decir que hubo un combate contra la práctica que la generó, pues se le denominó práctica viciosa, corruptela, retroceso inquisitivo y muchas cosas más. Lo irónico es que se atacaba a la conciencia e íntimas convicciones de los magistrados, oponiéndoles la "filosofía" de la norma y los "principios", fundamentando que así se violentaba la tutela afectiva, generándose indefensión. Por cierto que también se argumentó que darle valor a lo sumarial obedecía a la búsqueda de la verdad absoluta en el proceso. Véase el derrotero histórico de esto en MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. José María Bosch editor. Barcelona, 1997.

11 ANGULO ARANA, Pedro. "Proceso penal y búsqueda de la verdad". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 130-setiembre. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, págs. 55 y sgtes.



lles técnicos o defectos por impericia del autor, errores en los detalles recogidos o de observación y, por ende, falta de fidelidad en el relato o problemas en la interpretación y, por cierto, errores de este tipo, es decir técnicos, existe la mejor posibilidad de debatirlos en el juicio oral, teniendo suficiente tiempo como para analizarlos.

Lo mismo sucederá ante un acta de levantamiento de cadáver, de recojo de especies incautadas y armas, test de alcoholemia, acta de decomiso de drogas. Ciertamente es que los perjudicados con la actuación podrían aducir la falsedad, pero porque se argumente ello no se tiene que darlo por cierto como si fuera un dogma y el trabajo policial y pericial fueran errados por definición.

Ante tales argumentos se tendrá que producir el debate, y el juez o colegiado compulsar los dichos y afirmaciones para verificar lo que resulte creíble respecto de lo no creíble. En la práctica, así como hay actuaciones policiales en que se “coloca” droga, también hay actuaciones de investigados que niegan la realidad del hecho de que la droga les fue encontrada y argumentan falsamente la “colocación”; por ende, el deber del magistrado será atender y estudiar debidamente lo discutido, para descubrir lo veraz y convincente.

2. La legitimidad formal

En el artículo II inciso 1 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, encontramos el derrotero de la legitimidad de la prueba preconstituida, pues en tal norma se explica que, para vulnerar el principio de presunción de inocencia, se requiere “suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”.

Ello quiere decir, en otras palabras, que la prueba preconstituida no es inválida por el hecho de que no sea actuada en el juicio oral con las garantías propias de aquel, sino que para la validez de tales pruebas preconstituidas nos deberemos remitir a su obtención y las garantías correspondientes, así como a su posterior validación en juicio oral.

De lo que se trata, por consiguiente, es de los estándares de regularidad que deben fijarse para las actuaciones policiales iniciales o que se actúan ante la flagrancia delictiva, tratándose también de elevar el nivel de credibilidad, legitimidad y transparencia de tales actos y pericias, fotografías y videos, etc.

Se requerirá generar la participación de terceros, siempre que sea posible, para que den fe de la actuación policial y de la veracidad de lo

que se registró. Se tratará de posibilitar, también, diversos tipos de control para la actuación policial de modo que se confíe en aquella. Todo lo que se haga debe estar dirigido a fortalecer el trabajo policial no solo con la presunción de autenticidad sino con la presunción de veracidad.

Obviamente, esta confianza se deberá ir ganando en el camino, merced a buen trabajo policial.

Otro derrotero lo ofrece el artículo VIII del Título Preliminar, que se refiere a la legitimidad de prueba, sosteniéndose, en su primer inciso, que todo medio de prueba será valorado si ha sido obtenido e incorporado por un procedimiento constitucionalmente legítimo y como sanción, por el contrario, se aprecia la carencia de valor de las pruebas obtenidas mediando la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales.

VI. REQUISITOS DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Son las condiciones que, presentándose en conjunto, determinan la existencia y valoración de la prueba preconstituida.

1. Intervención policial urgente

Naturalmente resulta ser la actividad policial, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y en los estadios iniciales de la verificación de la *notitia criminis*, la que suele generar pruebas preconstituidas en tanto tales actuaciones constituyen actos funcionales legítimos y regulares, que se presumen auténticos.

La urgencia se entiende que puede ser consustancial a la actuación de que se trate (caso de flagrancia) o sobrevenida (caso de la averiguación o diligencias iniciales). De cualquier modo, el personal policial queda vinculado a actuar con inmediatez para que no se pierda la prueba.

2. Registro o documentación irrepensible

La irrepentibilidad del hecho registrado o documentado puede ser natural (hecho cuyo nuevo registro es imposible) o sobrevenido, siendo el tema fundamental que el acto realizado es definitivo y las condiciones en que fueron recogidas, en su momento, no podrán ser reproducidas.

La condición de irrepentibilidad de lo recogido viene a ser el fundamento o justificación que hace razonable su caracterización como prueba¹² y su

12 MIRANDA ESTRAMPRES, Manuel. Ob. cit., pág. 318.



inmediatez respecto del hecho, genera su valor en cuanto acercamiento a la verdad. La posibilidad de acercarse a la verdad de los hechos, en todo caso, se juega luego en la regularidad del procedimiento con que resultó conservada la información relevante.

3. Regularidad de la actuación

El personal policial debe haber actuado observando las garantías que hacen regular la actuación y legítimo lo obtenido. En general, ello se considera una obligación de la policía que deviene a generar el valor de su trabajo funcional¹³.

La actuación irregular de la Policía, en sentido contrario, devendría a enervar cualquier significación probatoria de esta prueba, siendo el motivo que hace necesario respetar el estándar mínimo para que pueda valorarse la misma.

4. Reproducción fiel de los hechos y/o actuados

Cumplidos los anteriores requisitos, en cuanto actuación policial urgente, asumiendo que lo actuado es irrepensible y se realizó con regularidad, lo cierto es que el trabajo de reproducción, para ser aceptado, según corresponda, debe reflejar la realidad del hecho producido.

Por cierto que la fidelidad de la representación podría ser objeto de debate, que ganarán los mejores y más coherentes fundamentos.

5. Oralización

Se estima en el Código que el valor de la prueba preconstituida queda validada en su lectura durante el juicio oral. Respecto a ello, la doctrina reconoce el valor a la prueba preconstituida por sí misma, dentro de los límites de su actuación regular y la oraliza para someter a debate las observaciones.

VII. CASOS DE RECOJO DE LA PRUEBA PRECONSTITUIDA

Podemos fácilmente advertir la orientación dada por la Constitución en relación con la flagrancia delictiva o peligro grave de su perpetración, donde se hacen concesiones razonables a la Policía nacional, limitando

13 BERNAL, Jaime; et al. Ob. cit., pág. 55.

algunos derechos fundamentales; pero, reconociendo también que fuera de aquellos a los que se faculta afectar, los demás permanecen invulnerables.

Asimismo, aparecen otros casos bajo el amparo del NCPP, de donde vendrían pruebas preconstituidas, según pasamos a ver.

1. En actuaciones en casos de flagrancia

Las actuaciones policiales en casos de flagrancia delictiva, según se ha visto, pueden empezar a determinarse luego de un encuentro casual y sorpresivo para la misma Policía¹⁴. A partir de allí, puede darse una persecución, una aprehensión, devenir una detención y diversas diligencias y pericias que resultarán irreproducibles posteriormente.

A ciertos casos, caracterizados porque se suelen descubrir en flagrancia, César San Martín indica que se les denomina “delitos testimoniales”, ocurriendo que les caracteriza “la inseparable percepción diaria de los policías, de lo que se infiere la presunción *iuris tantum* de credibilidad de los afirmado por ellos. Tales delitos, en general, se desenvuelven o desarrollan a la vista de otras personas”¹⁵.

Debe considerarse que la flagrancia ocurre también en los delitos permanentes, esto es, en aquellos que se caracterizan por la tenencia de elementos prohibidos por la ley (armas o insumos de drogas, por ejemplo) y otros casos¹⁶.

Manuel Jaén Vallejo, en este sentido, refiere que la prueba preconstituida (preexistente al proceso) fue reconocida por el Tribunal Constitucional español a partir de sus primeros pronunciamientos respecto a las pruebas de alcoholemia, exigiéndose de todos modos la ratificación de los agentes policiales en juicio¹⁷.

Ahora bien, precisamente con relación al test de alcoholemia podemos bien inferir que aquel supone una constatación policial *in situ* de flagrancia delictiva, lo cual resulta lógicamente irreplicable, siendo una neta preconstitución de la prueba.

-
- 14 ANGULO ARANA, Pedro M. “La detención en casos de flagrancia”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 106-setiembre. Gaceta Jurídica. Lima, 2002, pág. 36.
- 15 SAN MARTÍN CASTRO. Ob. cit., págs. 484-485.
- 16 BERNAL, Jaime et al. Ob. cit., pág. 61.
- 17 JAÉN VALLEJO, Manuel. “Los principios de la prueba en el proceso penal español”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 94-setiembre. Gaceta Jurídica. Lima, 2001, pág. 36.



Resulta importante tratar de documentar y demostrar la flagrancia, pues tal situación de hecho, que constituye precondition, por ejemplo, para el ingreso al domicilio de un particular, por facultar el accionar policial, posibilita la generación posterior de fuentes de prueba y prueba preconstituida.

La prueba preconstituida, finalmente, puede ser usada y oralizada tanto por acusadores como por defensores (artículo 384 inciso 1).

2. En actuaciones en fase inicial

La actuaciones policiales en la fase inicial, en cuanto a la protección y recojo de fuentes de prueba, ciertamente pueden resultar impuestas por las circunstancias, pues como bien se sabe la fase inicial posee naturaleza y finalidad propia, distinta a la denominada investigación preparatoria. Esto es que en la fase inicial, originalmente, solo se pretende verificar lo elemental de la *notitia criminis*, para el objeto de ofrecer una noticia concreta y dar paso a la fase siguiente.

Por ello, precisamente se dice que tal fase es discrecional y no es de obligatorio cumplimiento¹⁸ y, en el mismo sentido, los elementos y fuentes de prueba que determinarán las actuaciones policiales pueden aparecer sorpresivamente y vinculando actividades cautelares imprescindibles. A tales acciones determinadas por la urgencia se les denomina “diligencias de comprobación inmediata”¹⁹.

Recalcando que la fase preliminar o inicial no tiene como objeto funcional el recojo de elementos probatorios, tal como sí lo tiene la fase de investigación preparatoria, sostenemos que cuando, en tal estadio de verificación inicial aparecen tales elementos relevantes que podrían perderse de no ser recogidos, la Policía resulta obligada a resguardarlos. Y si tal hecho se realiza, es por el valor que podrían tener, posteriormente, para llegar al conocimiento de la verdad de lo acontecido.

Si bien estos casos suelen ser sorpresivos, a la Policía le corresponde ir previsoramente preparada, con lo elemental, para recoger elementos de prueba. Obviamente, al fiscal le corresponde orientar sobre dicha posibilidad.

18 BERNAL, Jaime; et al. Ob. cit., págs. 47-48.

19 SAN MARTÍN CASTRO. Ob. cit., pág. 473.



3. En actuaciones de control

El Código Adjetivo ha registrado un conjunto de intervenciones policiales que se realizan netamente con el interés de buscar elementos o fuentes de prueba (fines de averiguación, se dice: artículo 203) bajo supuestos de urgencia o peligro en la demora o ante delitos que causan grave alarma social y para el objeto de la incautación de instrumentos, efectos o pruebas del mismo (artículo 206)²⁰.

Se entiende que estas actuaciones policiales que pueden afectar a varios ciudadanos, en su libre desenvolvimiento y quehaceres, deben realizarse conforme a los principios de objetividad, necesidad, inmediatez y proporcionalidad, en situaciones *ex post*.

Las intervenciones policiales de este tipo pueden ser: control de identidad policial (a persona individual, también con fines preventivos), controles policiales públicos (ante delitos graves, dirigidos a conjuntos de personas en vías, lugares o establecimientos públicos) y pesquisas (inspecciones sobre cosas o personas buscando rastros del delito).

En todos los casos mencionados, en que se debe registrar en actas la actuación en detalle, podrán surgir elementos de prueba o fuentes de prueba que requerirán protección y recojo. Las actuaciones concretas que la Policía podría efectuar aparecen como lógicas atribuciones suyas (artículo 68), apreciándose que dichas acciones originarían prueba preconstituida y fuentes de prueba²¹.

Desprendiéndose de la norma adjetiva la actuación policial, el futuro valor de las pruebas preconstituidas corresponde con que se cautelen, en principio, a partir de documentar la justificación del control de que se trate, puesto que siendo interés neto de aquella acción la búsqueda de pruebas, no habrá sorpresa en el descubrimiento de tales: por ende, debe prepararse la cadena de custodia y el detalle útil en las actas.

4. Grave peligro de la perpetración de delito

La Constitución peruana, en su artículo segundo, inciso 9, trata el tema del muy grave peligro de perpetración de un delito como la circunstancia excepcional, que faculta a limitar el derecho a la inviolabilidad del

20 Sobre el tema véase QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. "El registro personal y las intervenciones corporales". En: *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Ob. cit., págs. 413 y sgtes.

21 SÁNCHEZ VELARDE. Ob. cit., pág. 662.



domicilio, debiéndose hacer notar que tal norma no remite a la necesidad de un desarrollo posterior como si se manifiesta en otros casos.

Efectuando una interpretación sistemática, se advierte que la facultada, para el ingreso al domicilio de cualquier ciudadano, en tales circunstancias, es fundamentalmente la Policía nacional, puesto que conforme al artículo 166 de la Ley de Leyes, tal entidad tiene por finalidad, precisamente, la protección y ayuda a las personas, garantizar la seguridad del patrimonio privado, prevenir y combatir a la delincuencia.

A partir de tal comprensión, se advierte que una situación dramática, suficientemente coherente y creíble, como las voces de una persona solicitando auxilio, bastarán para justificar (legalmente) un ingreso a un domicilio, bajo la intención de prevenir lesiones corporales o la muerte de la persona. El único presupuesto razonable para tal actuación policial es que el peligro debe de ser percibido de cualquier modo *ex ante* y no *ex post*.

Legitimado tal ingreso al domicilio, por la situación de hecho que despertó una lógica alarma, las diligencias que podrían devenir inmediatamente, aunque no necesariamente esperadas (actas de incautación, decomiso de objetos, fotografías y croquis, acta de levantamiento de cadáver, recojo de huellas digitales, declaraciones de testigos, etc.), resulta lógico que adquieran la condición de fuentes de prueba o prueba preconstituida, según el caso.

VIII. ARTÍCULOS DEL NCPP SOBRE PRUEBA PRECONSTITUIDA

Si bien solamente en un artículo del NCPP se menciona a la prueba preconstituida, ciertamente podemos interpretar que se la menciona implícitamente en otros artículos tal como en la última parte del 325, donde se menciona que tienen carácter de actos de prueba las pruebas anticipadas y las “actuaciones objetivas e irreproducibles” cuya lectura en el juicio oral autoriza este Código.

Asimismo, en el artículo 383, incisos b, c y e, advertimos diversos actos que podrían generar prueba preconstituida a través de la actividad policial. Es el caso de certificaciones o constataciones *in situ* que podría haber efectuado la Policía en ejercicio de sus funciones. Un caso particular de prueba preconstituida sobreviniente sería el caso del informe pericial, cuyo autor no puede concurrir al juicio por fallecimiento, enfermedad o ausencia por motivos desconocidos.

En este caso, sobreviene la condición impensada de que el perito, a pesar de haber realizado el trabajo, cuya naturaleza era oralizable, no podrá hacerlo. Por ende, la ausencia del testigo perito que no fue anticipada decanta la generación de prueba preconstituida (anterior al juicio oral).

Se trata en tal caso de una prueba preconstituida excepcional que tiene origen en la etapa de la investigación preparatoria, que originalmente no era irreproducible y que, por ello, no se constituyó como prueba anticipada y para darle validez final se deberá oralizar.

El inciso e) se refiere directamente a las actas policiales y del fiscal que contiene diligencias objetivas e irreproducibles (conforme a su naturaleza) actuadas conforme al NCPP o a la ley (cumplidas con regularidad y respeto a los derechos fundamentales). En este caso, la presencia del juez de la investigación preparatoria genera pruebas anticipadas y las de la Policía y el fiscal, prueba preconstituida.

Aparecen nominadas algunas actuaciones netamente policiales, tales como: actas de detención, registro, inspección, revisión, pesaje, hallazgo e incautación. Excepcionalmente, algunas actuaciones podrían efectuarse bajo la dirección del fiscal.

Entendemos que algunas diligencias efectuadas por peligro en la demora y ante la presencia del juez; pero que no llegaron a efectuarse con asistencia de la defensa (prueba anticipada), debido al defecto aquel, podrían constituirse en prueba preconstituida y requerir su lectura y debate en el juicio oral, para adquirir validez.



Artículo 426. Nulidad del juicio

1. *En los casos del literal a) del numeral 3) del artículo anterior, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado.*
2. *Si el nuevo juicio se dispuso como consecuencia de un recurso a favor del imputado, en éste no podrá aplicarse una pena superior a la impuesta en el primero.*

**SECCIÓN V
EL RECURSO DE CASACIÓN**

Artículo 427. Procedencia

1. *El recurso de casación procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.*
2. *La procedencia del recurso de casación, en los supuestos indicados en el numeral 1), está sujeta a las siguientes limitaciones:*
 - a) *Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.*
 - b) *Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del Fiscal tenga señalado en la Ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.*
 - c) *Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando ésta sea la de internación.*
3. *Si la impugnación se refiere a la responsabilidad civil, cuando el monto fijado en la sentencia de primera o de segunda instancia sea superior a cincuenta Unidades de Referencia Procesal o cuando el objeto de la restitución no pueda ser valorado económicamente.*
4. *Excepcionalmente, será procedente el recurso de casación en casos distintos de los arriba mencionados, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente, lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.*

Artículo 428. Desestimación

1. *La Sala Penal de la Corte Suprema declarará la inadmisibilidad del recurso de casación cuando:*
 - a) *no se cumplen los requisitos y causales previstos en los artículos 405 y 429;*

- b) *se hubiere interpuesto por motivos distintos a los enumerados en el Código;*
 - c) *se refiere a resoluciones no impugnables en casación; y,*
 - d) *el recurrente hubiera consentido previamente la resolución adversa de primera instancia, si ésta fuere confirmada por la resolución objeto del recurso; o, si invoca violaciones de la Ley que no hayan sido deducidas en los fundamentos de su recurso de apelación.*
2. *También declarará la inadmisibilidad del recurso cuando:*
- a) *carezca manifiestamente de fundamento;*
 - b) *se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales y el recurrente no da argumentos suficientes para que se modifique el criterio o doctrina jurisprudencial ya establecida.*
3. *En estos casos la inadmisibilidad del recurso podrá afectar a todos los motivos aducidos o referirse solamente a alguno de ellos.*

Artículo 429. Causales

Son causales para interponer recurso de casación:

1. *Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías.*
2. *Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.*
3. *Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación.*
4. *Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.*
5. *Si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.*

Artículo 430. Interposición y admisión

1. *El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 405, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende.*
2. *Interpuesto recurso de casación, la Sala Penal Superior sólo podrá declarar su inadmisibilidad en los supuestos previstos en el artículo*

405 o cuando se invoquen causales distintas de los enumerados en el Código.

- 3. Si se invoca el numeral 4) del artículo 427, sin perjuicio de señalarse y justificarse la causal que corresponda conforme al artículo 429, el recurrente deberá consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende. En este supuesto, la Sala Penal Superior, para la concesión del recurso, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, constatará la existencia de la fundamentación específica exigida en estos casos.*
- 4. Si la Sala Penal Superior concede el recurso, dispondrá se notifiquen a todas las partes y se les emplazará para que comparezcan ante la Sala Penal de la Corte Suprema y, si la causa proviene de un Distrito Judicial distinto de Lima, fijen nuevo domicilio procesal dentro del décimo día siguiente al de la notificación.*
- 5. Elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días, siempre que previamente hubieren cumplido ante la Sala Penal Superior con lo dispuesto en el numeral anterior. Si, conforme a lo dispuesto en el numeral anterior, no se señaló nuevo domicilio procesal, se tendrá al infractor por notificado en la misma fecha de la expedición de las resoluciones que se dicten por la Sala Penal Suprema.*
- 6. Acto seguido y sin trámite alguno, mediante auto, decidirá conforme al artículo 428 si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del mismo. Esta resolución se expedirá dentro del plazo de veinte días. Bastan tres votos para decidir si procede conocer el fondo del asunto.*

Artículo 431. Preparación y Audiencia:

- 1. Concedido el recurso de casación, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo y presentar, si lo estiman conveniente, alegatos ampliatorios.*
- 2. Vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan. En todo caso, la falta de comparecencia injustificada del Fiscal, en caso el recurso haya sido interpuesto por el Ministerio Público, o del abogado de la parte recurrente, dará lugar a que se declare inadmisibile el recurso de casación.*
- 3. Instalada la audiencia, primero intervendrá el abogado de la parte recurrente. Si existen varios recurrentes, se seguirá el orden fijado*



en el numeral 5) del artículo 424, luego de lo cual informarán los abogados de las partes recurridas. Si asiste el imputado, se le concederá la palabra en último término.

- 4. Culminada la audiencia, la Sala procederá, en lo pertinente, conforme a los numerales 1) y 4) del artículo 425. La sentencia se expedirá en el plazo de veinte días. El recurso de casación se resuelve con cuatro votos conformes.*

Artículo 432. Competencia

- 1. El recurso atribuye a la Sala Penal de la Corte Suprema el conocimiento del proceso sólo en cuanto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso.*
- 2. La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos.*
- 3. Los errores jurídicos de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva no causan nulidad. La Sala deberá corregirlos en la sentencia casatoria.*

Artículo 433. Contenido de la sentencia casatoria y Pleno Casatorio

- 1. 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 reenvió (sic) del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.*
- 2. Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvío (sic), indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos, procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.*
- 3. En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o ésta se integra con otros Vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su*



instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.

4. *Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del Pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.*

Artículo 434. Efectos de la anulación

1. *La anulación del auto o sentencia recurridos podrá ser total o parcial.*
2. *Si no han anulado todas las disposiciones de la sentencia impugnada, ésta 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 adquieren ejecutoria.*

Artículo 435. Libertad del imputado

Cuando por efecto de la casación del auto o sentencia recurridos deba cesar la detención del procesado, la Sala Penal de la Corte Suprema ordenará directamente la libertad. De igual modo procederá, respecto de otras medidas de coerción.

Artículo 436. Improcedencia de recursos

1. *La sentencia casatoria no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la acción de revisión de la sentencia condenatoria prevista en este Código.*
2. *Tampoco será susceptible de impugnación la sentencia que se dicte en el juicio de reenvío por la causal acogida en la sentencia casatoria. Sí lo será, en cambio, si se refiere a otras causales distintas de las resueltas por la sentencia casatoria.*

**SECCIÓN VI
EL RECURSO DE QUEJA**

Artículo 437. Procedencia y efectos

1. *Procede recurso de queja de derecho contra la resolución del Juez que declara inadmisibile el recurso de apelación.*
2. *También procede recurso de queja de derecho contra la resolución de la Sala Penal Superior que declara inadmisibile el recurso de casación.*
3. *El recurso de queja de derecho se interpone ante el órgano jurisdiccional superior del que denegó el recurso.*
4. *La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria.*

Artículo 438. Trámite

1. *En el recurso de queja se precisará el motivo de su interposición con invocación de la norma jurídica vulnerada. Se acompañará el escrito que motivó la resolución recurrida y, en su caso, los referentes a su tramitación; la resolución recurrida; el escrito en que se recurre; y, la resolución denegatoria.*
2. *Rige lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 403 del Código Procesal Civil.*
3. *Interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional competente decidirá, sin trámite alguno, su admisibilidad y, en su caso, su fundabilidad. Para decidir, puede solicitarse al órgano jurisdiccional inferior copia de alguna actuación procesal. Este requerimiento puede cursarse por fax u otro medio adecuado.*
4. *Si se declara fundada la queja, se concede el recurso y se ordena al Juez de la causa envíe el expediente o ejecute lo que corresponda, sin perjuicio de la notificación a las partes.*
5. *Si se declara infundada la queja, se comunica la decisión al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales.*

**SECCIÓN VII
LA ACCIÓN DE REVISIÓN**

Artículo 439. Procedencia

La revisión de las sentencias condenatorias firmes procede, sin limitación temporal y sólo a favor del condenado, en los siguientes casos:

1. *Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de*



quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia de alguno de los condenados.

2. *Cuando la sentencia se haya pronunciado contra otra precedente que tenga la calidad de cosa juzgada.*
3. *Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.*
4. *Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.*
5. *Cuando se demuestre, mediante decisión firme, que la sentencia fue determinada exclusivamente por un delito cometido por el Juez o grave amenaza contra su persona o familiares, siempre que en los hechos no haya intervenido el condenado.*
6. *Cuando la norma que sustentó la sentencia hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional o inaplicable en un caso concreto por la Corte Suprema.*

Artículo 440. Legitimación

1. *La acción de revisión podrá ser promovida por el Fiscal Supremo en lo Penal y por el condenado.*
2. *Si el condenado fuere incapaz, podrá ser promovida por su representante legal; y, si hubiera fallecido o estuviere imposibilitado de hacerlo, por su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, en ese orden.*

Artículo 441. Contenido de la demanda

1. *La demanda de revisión será presentada ante la Sala Penal de la Corte Suprema. Debe contener lo siguiente:*
 - a) *La determinación precisa de la sentencia cuya revisión se demanda, con indicación del órgano jurisdiccional que la dictó;*
 - b) *La causal invocada y la referencia específica y completa de los hechos en que se funda, así como las disposiciones legales pertinentes.*
 - c) *La indemnización que se pretende, con indicación precisa de su monto. Este requisito es potestativo.*
2. *Se acompañará copia de las sentencias expedidas en el proceso cuya revisión se demanda. Asimismo, se acompañará la prueba documental si el caso lo permite o la indicación del archivo donde puede encontrarse la misma.*



3. *Cuando la demostración de la causal de revisión no surge de una sentencia judicial irrevocable, el recurrente deberá indicar todos los medios de prueba que acrediten la verdad de sus afirmaciones.*
4. *La Sala Penal de la Corte Suprema podrá otorgar un plazo al demandante para que complete los requisitos faltantes.*

Artículo 442. Efectos

La interposición de la demanda de revisión no suspende la ejecución de la sentencia. Sin embargo, en cualquier momento del procedimiento, la Sala podrá suspender la ejecución de la sentencia impugnada y disponer, de ser el caso, la libertad del imputado, incluso aplicando, si correspondiere, una medida de coerción alternativa.

Artículo 443. Trámite

1. *Interpuesta la demanda con sus recaudos, la Sala examinará si reúne los requisitos exigidos en los artículos anteriores. Si la demanda fuera inadmitida, la decisión se tomará mediante auto dictado por unanimidad.*
2. *Si se admite la demanda, la Sala dará conocimiento de la demanda al Fiscal o al condenado, según el caso. Asimismo, solicitará el expediente de cuya revisión se trate y, si correspondiera, la prueba documental señalaba por el demandante.*
3. *De igual manera, dispondrá, si fuere necesario, la recepción de los medios de prueba ofrecidos por el demandante, por la otra parte y los que considere útiles para la averiguación de la verdad. De esas actuaciones se levantará el acta correspondiente, pudiendo la Sala designar uno de los miembros para su actuación.*
4. *Concluida la actuación probatoria, que no podrá exceder de treinta días, la Sala designará fecha para la Audiencia de Revisión, a la que se citarán al Fiscal y el defensor del condenado, de su representante o del familiar más cercano. La inasistencia del demandante determinará la declaración de inadmisibilidad de la demanda.*
5. *Instalada la audiencia de revisión, se dará cuenta de la demanda de revisión y de la prueba actuada. Acto seguido, informarán oralmente el Fiscal y el abogado del condenado, de su representante o del familiar más cercano. Si el imputado asiste a la audiencia hará uso de la palabra en último lugar. Concluida la audiencia, la Sala emitirá sentencia en audiencia pública en el plazo de veinte días. Rige lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 425.*

Artículo 444. Sentencia

1. *Si la Sala encuentra fundada la causal invocada, declarará sin valor la sentencia motivo de la impugnación y la remitirá a nuevo juicio*



cuando el caso lo requiere, o pronunciará directamente la sentencia absolutoria.

2. *Si la sentencia dispone un nuevo juicio, éste será tramitado conforme a las reglas respectivas. El ofrecimiento de prueba y la sentencia no podrán fundarse en una nueva apreciación de los mismos hechos del proceso, con independencia de las causales que tornaron admisible la revisión.*
3. *Si la sentencia es absolutoria, se ordenará la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación y de multa, así como –de haberse solicitado– la indemnización que corresponda por error judicial.*
4. *La sentencia se notificará a todas las partes del proceso originario.*

Artículo 445. Renovación de la demanda

La denegatoria de la revisión, o la ulterior sentencia confirmatoria de la anterior, no impide una nueva demanda de revisión, siempre que se funde en otros hechos o pruebas.



PROCESOS ESPECIALES

COMENTARIOS:

- Breves apuntes sobre los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal (NCPP)
- Los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal
- Sistema acusatorio, el Código Procesal Penal y la lucha contra la corrupción en el sistema de administración de la justicia penal en el Perú
- El proceso de seguridad en el Código Procesal Penal de 2004
- Ejercicio privado de la acción penal en la aplicación del Código Procesal Penal de 2004
- El proceso de terminación anticipada
- *Plea bargaining* y terminación anticipada. Aproximación a su problemática fundamental
- El proceso de terminación anticipada del proceso y su aplicación en la etapa intermedia
- Terminación anticipada en la etapa intermedia. Especial referencia al Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 (del 13 de noviembre del 2009)
- El principio de reciprocidad y las relaciones de reciprocidad en la extradición.



**LIBRO QUINTO
LOS PROCESOS ESPECIALES**

**SECCIÓN I
EL PROCESO INMEDIATO**

Artículo 446. Supuestos del proceso inmediato

1. *El Fiscal podrá solicitarla 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.*
2. *Si se trata de una causa seguida contra varios imputados, sólo será posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumularán, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable.*

COMENTARIO 1:

**BREVES APUNTES SOBRE LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL
NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL (NCP)**

PABLO TALAVERA ELGUERA*

I. NOCIONES GENERALES

Los procesos especiales no pueden ser reducidos a un esquema único¹. En otras palabras, el concepto de proceso especial es solamente negativo, esto es, caracterizado por la derogación del proceso ordinario; pero no puede asumir un contenido positivo, ya que existen tantos procesos especiales, configurando cada uno de ellos de acuerdo a un esquema propio, cuantas son las situaciones particulares que aconsejan derogar al esquema del proceso ordinario. Cada proceso especial tiene una configuración propia.

* Ex Juez Superior Titular de la Sala Penal Nacional. Catedrático de Maestría en Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres. Docente en la Academia de la Magistratura.

1 LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho procesal penal*. Tomo II. Editorial EJE, Buenos Aires, 1963, pág. 435.

Las disposiciones que disciplinan cada procedimiento especial, por el hecho de presentarse en derogación a las disposiciones concernientes al procedimiento ordinario, asumen, en relación a éste, carácter excepcional y, por tanto, no pueden ser objeto de aplicación analógica con respecto a la disciplina del procedimiento ordinario; mientras que es obvio que las normas concernientes al proceso ordinario se aplican al proceso especial, a menos que resulte una derogación expresa o proveniente de la estructura misma del procedimiento especial.

En cambio, contempladas en su conjunto, forman, para cada procedimiento especial, un cuerpo orgánico de normas. Dentro de este cuadro, a las disposiciones que disciplinan cada uno de los procedimientos especiales no puede negárseles la posibilidad de aplicación analógica en orden a la resolución de problemas atinentes al procedimiento especial a que dichas normas se refieren².

La especialidad, tratándose de materia procesal, solo puede inferirse de la disciplina del procedimiento: cuando un procedimiento se regula de manera diferente que el proceso ordinario, nos hallamos en presencia de un procedimiento especial³. Por consiguiente, proceso especial es cualquier proceso cuya disciplina presente, en todo o en parte, una derogación al esquema del proceso ordinario.

II. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS EN EL NCPP

1. Los procesos ordinarios

Los procesos ordinarios están previstos, en principio, para todo tipo de hechos punibles y se determinan atendiendo a su naturaleza –faltas o delitos– o la pena solicitada⁴. Para Sánchez, el procedimiento ordinario constituye la normatividad base⁵ para cualquier forma de especialidad procedimental e incluso de los procesos especiales.

A juicio de Aragonese, son procesos ordinarios aquellos que, pensados para hipótesis generales, responden a un criterio cuantitativo, cual es el de la gravedad de la pena con la que el delito está castigado en la ley

2 LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho procesal penal*. Tomo II, pág. 436.

3 LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho procesal penal*. Tomo II, págs. 437-438.

4 MONTÓN REDONDO, Alberto y otros. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. 12ª. Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 510.

5 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Editorial IDEMSA, Lima, 2004, pág. 903.

sustantiva. Los procesos especiales atienden, en cambio, a circunstancias específicas de distinta índole (general y preferentemente, la persona del encausado o el tipo de delito), siendo indiferente a estos fines que la ley prevea o no alguna consideración relativa a la gravedad de la pena⁶.

Los procesos ordinarios que establece el nuevo Código Procesal Penal son el proceso común y el proceso por faltas (artículo 482 y ss.).

2. Las especialidades procedimentales

Los procedimientos con especialidades procedimentales están estructurados sobre la base del proceso común, al que se le introducen particularidades en algunos aspectos del procedimiento, vinculadas esencialmente a la competencia del órgano jurisdiccional, a la promoción de la acción penal, a la intensidad de las medidas limitativas de derechos, al derecho probatorio y a la incorporación de determinadas instituciones procesales, considerándose como factores principales que justifican su incorporación: la condición de la persona a enjuiciar y el tipo de delito⁷.

No se trata de procedimientos distintos a los ordinarios, sino con un conjunto de particularidades en la forma de iniciarse la actividad procesal; el procedimiento preliminar o las medidas cautelares, pero no al procedimiento en sí, que se desarrollará conforme a las reglas generales vistas en su momento⁸. El nuevo Código Procesal Penal contempla las especialidades procedimentales siguientes:

- Proceso por razón de la función pública:
 - a) Proceso por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos (artículo 449 y ss.)
 - b) Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios (artículo 452 y ss.)
 - c) Proceso por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos (artículo 454 y ss.)
- Proceso de seguridad (artículo 456 y ss.)

6 ARAGONESES, Sara y otros. *Derecho Procesal Penal*. Sexta edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003, pág. 290.

7 SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. Volumen II. Editorial Grijley, Lima, 2003, pág. 1242.

8 MONTÓN REDONDO, Alberto y otros. *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. 12ª. Edición. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 550.



3. Los procedimientos especiales

Los procedimientos especiales, en cambio, están previstos para delitos muy concretos o circunstancias específicas de especial relevancia procesal, configurándose modelos de procedimiento muy propios, por entero alejados del modelo ordinario.

Los procedimientos especiales están previstos para circunstancias o delitos específicos, en los que se discute una concreta pretensión punitiva. San Martín –siguiendo a Leone– afirma que los llamados juicios especiales son todos aquellos procesos cuya regulación ofrece, en todo o en parte, modificaciones que los diferencian del proceso Ordinario⁹. La circunstancia más relevante que se ha tenido en consideración para instituir un procedimiento especial es el principio del consenso, que ha dado lugar al procedimiento de terminación anticipada y la colaboración eficaz, que ha generado una serie de procedimientos al amparo del Derecho Penal premial.

Los procedimientos penales especiales que configura el nuevo Código Procesal Penal son:

- a) Proceso inmediato (artículo 446 y ss.)
- b) Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal (artículo 459 y ss.)
- c) Proceso de terminación anticipada (artículo 468 y ss.)
- d) Proceso por colaboración eficaz (artículo 472 y ss.)

4. Los procedimientos complementarios o auxiliares

Los procedimientos complementarios, se caracterizan por el hecho de que, aun siendo procedimientos autónomos, se vinculan, sin embargo, a una relación procesal ya agotada o por iniciarse¹⁰. Los procedimientos auxiliares o complementarios son simples procedimientos al servicio de un proceso principal, cuya tramitación deberá seguirse cuando se den las situaciones fácticas que determinan la aplicación de su régimen legal.

En los casos de los procedimientos complementarios falta una pretensión punitiva encaminada a la imposición de una pena en virtud de la comisión de un hecho punible, sino de medidas, que pueden integrar un

9 SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. Volumen II, pág. 1242.

10 LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho procesal penal*. Tomo II, pág. 525.



concreto procedimiento, obtener la presencia del imputado, realizar un acto de investigación o de prueba, etc.¹¹

Los denominados procedimientos auxiliares consisten en trámites o reglas procesales destinadas a resolver o ejecutar situaciones particulares que se presentan durante la marcha del proceso¹². Son procedimientos menores que se vinculan directamente al procedimiento principal: de él se extrae la cuestión que les sirve de objeto. Las cuestiones que generan son diversas del objeto procesal que integra la cuestión de fondo. Son instrumentales respecto del proceso principal.

Los procedimientos complementarios o auxiliares que contempla el nuevo Código Procesal Penal son:

- a) La extradición (artículo 513 y ss.)
- b) La asistencia judicial internacional (artículo 528 y ss.)
- c) Las diligencias en el exterior (artículo 538 y ss.)
- d) El cumplimiento de condenas (artículo 540 y ss.)
- e) La entrega vigilada (artículo 550 y ss.)
- f) La cooperación con la Corte Penal Internacional (artículo 554 y ss.)

III. LOS PROCESOS ESPECIALES

1. Proceso inmediato

Los conceptos celeridad y eficiencia del sistema están presentes en las últimas reformas procesales penales, sin embargo, no deben considerarse como la panacea de todos los males que acechan la justicia penal. No debe creerse que la implantación, sin más de un instrumento rápido vaya a resolver todos los males. Toda reforma procesal penal debe orientarse por la búsqueda del equilibrio entre garantías y eficacia. No se debe concebir un cambio legislativo pendular (garantías - eficacia), sino que garantías y eficiencia son conceptos intrínsecamente creados para coexistir, buscando el equilibrio perfecto entre ellos. La simplificación del proceso es una tarea constante. Existe una suerte de fuerza que atrae al sistema judicial hacia lo formal, lo incidental, lo rutinario,

11 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 10ª Edición, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1987, págs. 327-328.

12 CLARIÁ OLMEDO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo VII El procedimiento penal. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pág. 99.



hacia lo que vulgarmente denominamos “el trámite”. En la experiencia cotidiana de la vida judicial, observamos cómo lentamente, los formalismos le quitan espacio a la solución del problema y, por lo tanto, van “complicando” inútilmente el proceso.

Una de las razones más fuertes de la insatisfacción social respecto de la administración de justicia es la duración del proceso. En este campo, es necesario buscar mecanismos más imaginativos, porque todos los tradicionales métodos de control ya han sido probados y han fracasado.

Las respuestas del sistema penal para acelerar los procesos penales han sido:

- 1) Aumentar la capacidad del sistema, especialmente incrementando el número de jueces, fiscales y policías.
- 2) Reducir la carga de trabajo de los tribunales, sobre todo mediante la descriminalización de conductas.
- 3) Establecer nuevas normas de procedimiento que permitan un enjuiciamiento más rápido de los asuntos o la desburocratización de los procesos.

Las mencionadas vías de aceleración pueden utilizarse por sí solas, pero frecuentemente encontramos supuestos en las que se combinan elementos de las tres. Examinando el derecho comparado, se pueden establecer tres grupos de instrumentos de aceleración del proceso:

- a) Los que implican una eliminación casi total del proceso (oportunidad y transacción o mediación penal).
- b) Los que determinan un acortamiento del proceso mediante la desaparición de alguna de sus fases.
- c) Y los que, dejando subsistentes todas las fases del proceso, realizan una reorganización del procedimiento. Juicios abreviados o rápidos.

En el Perú, el proceso inmediato tiene en cierto modo su antecedente en la Ley 28122, la misma que establece la regulación sobre la conclusión anticipada de la instrucción para determinados delitos. Dicha ley establece la realización de una instrucción judicial breve, similar a la instrucción de los juicios rápidos del sistema procesal español.

Sin embargo, se diferencia en que en el proceso inmediato del nuevo Código Procesal Penal peruano no hay siquiera una breve investigación formal, simplemente de lo actuado preliminarmente, el fiscal formula su requerimiento para juicio. El juicio inmediato tiene como fuente a los jui-

cios: directísimo (flagrancia o confesión del artículo 449 del CPP italiano) e inmediato (por prueba evidente del artículo 453 del CPP italiano).

1.1. Supuestos

El proceso inmediato es procedente, a pedido del fiscal, en los casos siguientes: a) el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito¹³; 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.

La doctrina distingue tres tipos de flagrancia: 1) Flagrancia estricta, cuando el sujeto es sorprendido en el mismo momento de estar ejecutando el delito; 2) Cuasiflagrancia, cuando ya se ha ejecutado el delito, pero es detenido poco después, ya que no se le perdió de vista desde entonces; y 3) Presunción de flagrancia, cuando solo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito.

1.2. Procedimiento

El fiscal, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, se dirigirá al Juez de la Investigación Preparatoria formulando el requerimiento de proceso inmediato. El requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la investigación preparatoria. Se acompañará al requerimiento el expediente fiscal.

El Juez de la Investigación Preparatoria, previo traslado al imputado y a los demás sujetos procesales por el plazo de tres días, decidirá directamente en igual plazo de tres días, si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. La resolución que se emita es apelable con efecto devolutivo.

Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación, la cual 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. Es

13 Artículo 259.2 NCPD: 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 revelan que acaba de ejecutarlo [vigente desde el 01/07/09 Ley 29372].



de entenderse que se obvia la fase intermedia y se pasa directamente al juzgamiento.

De ser pertinente, antes de la formulación de la acusación, a pedido del imputado puede instarse la iniciación del proceso de terminación anticipada. Notificado el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dictará la Disposición que corresponda disponiendo la formalización o la continuación de la Investigación Preparatoria.

2. Proceso de terminación anticipada

Para Sánchez se trata de un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales¹⁴. Su finalidad: evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, aceptando los cargos el primero y obteniendo, por ello, el beneficio de la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata en esencia de una transacción penal para evitar un proceso que resulta ya innecesario.

Según Espinoza, la terminación anticipada es un procedimiento especial que constituye un medio diferente o alternativo de concluir un proceso convencionalmente. En estos casos nos encontramos frente a un proceso penal que se inició conforme a las reglas del proceso ordinario, pero cuyo *iter* procedimental se ve desviado a partir de la aplicación de reglas especiales que determinan que su conclusión resulte más acelerada y evite la aplicación de las normas ordinarias de procesamiento¹⁵.

La terminación anticipada se sustenta en el llamado *Derecho Procesal Penal Transaccional*, que busca evitar un procedimiento penal innecesario, obteniendo el procesado un beneficio de reducción de la pena mediante una fórmula de acuerdo o de consenso realizado entre el imputado y el Fiscal, con la aprobación necesaria del Juez. Espinoza apunta que la terminación anticipada es un negocio procesal, en la medida que constituye un acto de naturaleza bilateral –una relación directa entre dos partes con intereses contrapuestos–¹⁶.

14 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, pág. 922.

15 ESPINOZA GOYENA, Julio. La terminación anticipada del proceso penal. Tesis para optar el título de Abogado. UNMSM, 1998.

16 ESPINOZA GOYENA, Julio. La terminación anticipada del proceso penal. Tesis para optar el título de Abogado. UNMSM, 1998.

El consenso a que pueda llegarse resulta beneficioso no solo para el imputado sino también para el propio sistema de justicia penal actualmente en crisis, y además, también favorece a la parte agraviada del delito. El imputado obtiene por el solo hecho de someterse a este procedimiento especial, la rebaja de la pena en una sexta parte, a la que podría agregar aquella que le corresponda por confesión sincera.

Por otra parte, la persecución penal llega anticipadamente a su término, obviándose la realización de actos formales de la instrucción y juzgamiento, propios de un proceso penal regular, imponiéndose una sanción penal y reparación civil. No solo las autoridades tendrán un proceso menos que conocer, sino que dispondrán de mayor tiempo para la investigación y juzgamiento de otros casos de igual o mayor gravedad.

El proceso de terminación anticipada tiene su fuente legal nacional en el artículo 2 de la Ley 26320 y el artículo 20 de la Ley 28008 (Ley de los Delitos Aduaneros). Este procedimiento especial tiene su origen en el instituto del *patteggiamento* italiano, introducido por la Ley N° 689, de 24 de noviembre de 1981. Según Barona Villar, la mayoría de la doctrina italiana entiende que ese término es la traducción del *plea bargaining* del sistema norteamericano, pero lo cierto es que difiere notablemente de dicho modelo procesal. En el Perú su incorporación ha tomado como fuente los artículos 444 al 448 del Código de Procedimiento Penal italiano de 1989 "*applicazione Della pena su richiestadelle parti*"¹⁷.

El procedimiento de terminación anticipada se sitúa en la necesidad, muy sentida, de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal. La idea de simplificación del procedimiento parte en este modelo del *principio del consenso*. El citado procedimiento simplificado opera, al decir de Padovani, como un "filtro selectivo consensualmente aceptado"¹⁸, en donde la *premiabilidad* correlativa a la solicitud o a la aceptación de tales filtros incentiva su funcionamiento; deja a las partes, desde una lógica propia del procedimiento acusatorio, un poder dispositivo para que puedan configurar el objeto del proceso. El consenso, según Barona Villar, opera, de modo básico, sobre el tipo de pena y sobre la calificación jurídica y, como efecto reflejo, sobre el procedimiento al determinar una particular clausura del mismo¹⁹.

17 Citada por SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen II, pág. 1384.

18 Citado por SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. Volumen II, pág. 1384.

19 Citada por SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. Volumen II, pág. 1384.



El objeto de negociación es, pues, la pena, aunque desde ya es del caso puntualizar, que ello no importa negociar el cargo que se imputa o una pena distinta a la prevista legalmente, lo que a nuestro juicio revela que este instituto respeta las fuentes mismas del principio de legalidad, en todas sus dimensiones²⁰. El proceso de terminación anticipada es una expresión del denominado “derecho procesal penal transaccional”. Su fuente primigenia es el *patteggiamento* italiano y, luego, la legislación procesal colombiana. En este proceso, el principio de legalidad es visto básicamente como un límite al *ius puniendo*, a la vez que se opta por una concepción preventiva del Derecho Penal y de la función de la pena. Se trata en buena cuenta de un negocio jurídico – procesal, bajo el esquema de transacción penal, muy propia del denominado “principio del consenso”. Razones de economía procesal justifican este procedimiento: obviar la realización de fases formales investigatorias y evitar el juicio oral. Para el imputado significa la obtención de primas o beneficios y la posibilidad de culminar la incertidumbre de un juicio, que puede serle más perjudicial. Para la víctima importa un estímulo a su pronta reparación. La represión al ultranza, explica Bernal Cuellar, ofrece pocos alicientes para la resolución de los conflictos, en tanto que la concertación, el diálogo y la transacción son herramientas mucho más eficaces²¹.

El criterio funcional que inspira este procedimiento no es otro que la economía procesal, orientada a la reducción de los tiempos de la causa. Por ello, la terminación anticipada se configura sobre el acuerdo entre el imputado y el fiscal sobre el procedimiento y la pena, obligando al juez a fundar su convencimiento sobre la verdad de los hechos, en base a actos de investigación; y, tiene como efecto evitar la celebración del juicio oral y una exclusiva función premial al conceder una rebaja de pena si la causa culmina por esta vía.

La Constitución sanciona el principio de presunción de inocencia, en cuya virtud una condena es estimada legítima si existen en autos suficientes elementos probatorios, que puedan considerarse de cargo y actuados a través de medios lícitos de prueba. Congruente con tal derecho fundamental, el artículo 468.6 del nuevo Código Procesal Penal, el juez para dictar sentencia anticipada, requiere verificar que en la causa obran elementos de convicción suficientes.

20 SAN MARTÍN, César. *Derecho procesal penal*. Volumen II, pág. 1384.

21 SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR. *Los procedimientos auxiliares y juicios especiales incorporados en el Proyecto de Código Procesal Penal*. Revista *Ius Et Veritas* N° 10, págs. 81 a 95.



Si el juez estima que no hay fundamento probatorio suficiente, debe desestimar el acuerdo y ordenar la continuación del procedimiento según su cauce ordinario. Mediante el proceso de terminación anticipada, la causa concluye en la fase de investigación preparatoria cuando el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias, y éste es aprobado judicialmente mediante una sentencia. Lo relevante del nuevo Código Procesal Penal es que permite su aplicación para todos los delitos. Dicho proceso deberá observar las reglas siguientes:

- a) El fiscal o el imputado pueden instar a la celebración de una audiencia privada de terminación anticipada. Ambos podrán presentar una solicitud conjunta y un acuerdo provisional.
- b) El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado debe ser puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, para que se pronuncien sobre la procedencia de la terminación anticipada y formulen sus pretensiones.
- c) En la audiencia de terminación anticipada el fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la investigación preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. Luego de escuchar a los asistentes, el juez instará a las partes a que lleguen a un acuerdo.
- d) Si el fiscal y el imputado llegan a un acuerdo, así lo declararán ante el Juez y deberá constar expresamente en el acta. En tal caso, el juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas, enunciando en la parte resolutive que ha habido acuerdo.
- e) Cuando hay pluralidad de hechos punibles o de imputados, se requerirá el acuerdo de todo y por todos los cargos. Sin embargo, es posible que el juez apruebe acuerdos parciales.
- f) Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.
- g) Al imputado que se acoja a este proceso se le reducirá la pena de una sexta parte, la misma que puede ser adicional a la que reciba por confesión.

Si el juez estima que las pruebas de cargo no son suficientes para sustentar un fallo condenatorio, desde luego, dictará auto desaprobatorio. Igualmente, dictará similar resolución desaprobatoria si advierte que la pena acordada no es la prevista en el tipo legal, es decir, ilegal, o es gro-



seramente desproporcionada en atención al contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho.

En caso de pluralidad de imputados, siempre que se trate de reos presentes, es de tener en cuenta que todos ellos deben estar comprometidos con el proceso de terminación anticipada. La solicitud de uno de ellos, en su momento, debe ser aceptada por los demás coimputados. El trámite se frustrará si se trata de encausados que no aceptan el proceso de terminación anticipada y que se encuentran vinculados entre sí por la imputación delictiva.

Los acuerdos parciales son posibles siempre que cada procesado acepte íntegramente los hechos punibles que se le inculpan y en la medida en que los cargos que se les imputa sean independientes de los formulados a los demás coimputados, es decir, que estos últimos no estén involucrados en su comisión. Los premios son fundamentales en este proceso. Se ratifica el sexto especial de atenuación. Ello, como se sabe, implica una redefinición procesal de la dosimetría penal prevista en el tipo legal correspondiente. Por ejemplo, si el delito tiene un marco de pena privativa de libertad de cinco años en su extremo mínimo y de ocho años en su extremo máximo, en este caso, el marco atenuado será de cuatro años dos meses en su extremo mínimo y de seis años nueve meses en su extremo máximo.

A ello se le adiciona, de ser el caso, el premio por confesión sincera. Por ejemplo, si el mínimo legal por un delito es de cuatro años dos meses, en caso de confesión sincera y espontánea, ese parámetro será de dos años ocho meses. Para Carrió es posible concebir a la garantía que consagra que no hay pena sin juicio como algo renunciable para el imputado, en la medida en que lo haga conscientemente y con total conocimiento de sus consecuencias. La presencia del abogado defensor aconsejándolo y explicándole la magnitud del derecho al que renuncia, se vuelve aquí indispensable. Tampoco veo en el esquema sancionado una abdicación del Estado a su calidad de único órgano con facultades represivas. Ello, puesto que es el tribunal actuante quien en definitiva impone la sentencia condenatoria, y considero en tal sentido importante que aquél conserve la facultad para rechazar los "acuerdos" que no le satisfacen, si disiente con la calificación indicada por el fiscal o si cree necesarias mayores precisiones en cuanto a los hechos²².

22 CARRIÓ, Alejandro. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pág. 97.



3. Proceso por colaboración eficaz

Los antecedentes o fuentes nacionales las encontramos en el Decreto Ley 25499 (Ley de Arrepentimiento), la Ley 26220 y Ley 27378 (Ley de colaboración eficaz).

3.1. Principios

Los principios que informan este proceso excepcional, según Francisco Sintura, son los siguientes:

Eficacia. La colaboración que ofrece el delincuente a la justicia debe resultar útil, esto es, que la justicia como valor jurídico se preserve.

Proporcionalidad. Debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia, para tasar el beneficio penal que simétricamente corresponde otorgar, esto es, que se aplique el criterio de justicia conmutativa, conforme al cual se requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, en este caso, como premio.

Condicionabilidad. Los beneficios no tienen vida propia. Se otorgan por una sola vez y están sujetos al cumplimiento de condiciones específicas, cuyo incumplimiento determina su revocación.

Formalidad. La iniciación de este proceso exige una manifestación expresa del implicado o imputado, quien debe hacer mención que desea acogerse a sus términos. Asimismo, la colaboración motivo del acuerdo debe ser el resultado de un proceso de diálogo con el Ministerio Público. Los resultados finales del acuerdo deben volcarse en un acta, donde deben consignarse los actos de colaboración, el beneficio que se acuerde y las obligaciones respectivas. Estas últimas, como se sabe, son una mera propuesta al juez, quien tiene la competencia funcional y material para decidir sobre su legalidad.

Oportunidad. El proceso de colaboración eficaz puede iniciarse en la medida en que el colaborador esté procesado o condenado. También, antes, si está sometido a una investigación preliminar por la Fiscalía o la Policía, bajo la dirección de la primera.

a) Acuerdo de beneficios

El Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien, se encuentre o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal. El acuerdo está sujeto a la aprobación judicial.

Para la procedencia de tal acuerdo es indispensable que el colaborador haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, admita los hechos en los que ha intervenido o se le imputen y se presente al Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz.

b) Ámbito de aplicación del acuerdo

El acuerdo de beneficios y colaboración solo es aplicable a los delitos siguientes:

1. Asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, contra la humanidad.
2. 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.
3. 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.

c) Requisitos de la información

La información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente:

1. Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencia de su ejecución. Así como impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.
2. Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
3. Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros;
4. Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva.

d) Beneficios premiales

El colaborador podrá obtener como beneficio *premia*, teniendo en cuenta el grado de responsabilidad por el hecho, los siguientes: exen-



ción de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo.

No pueden acogerse a ningún beneficio *premio*: los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas. El que ha intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves, únicamente podrán acogerse al beneficio de disminución de la pena, que en este caso solo podrá reducirse hasta un tercio por debajo del mínimo legal, sin que corresponda suspensión de ejecución de la pena, salvo la liberación condicional y siempre que haya cumplido como mínimo la mitad de la pena impuesta.

Los beneficios podrán ser revocados cuando el beneficiado comete nuevo delito doloso dentro de los diez años de habersele otorgado o incumple con las obligaciones que se le impusieron.

e) Consecuencias de denegación o desaprobación del acuerdo de colaboración y beneficios

1. Las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra.
2. Las declaraciones prestadas por otras personas durante la etapa de corroboración así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito.

4. Proceso por delito de ejercicio privado de la acción penal

La característica más importante de los delitos privados es que la persecución está reservada a la víctima. Ella es la única que tiene legitimación activa, solo a su instancia es posible incoar el procedimiento penal. En los delitos privados, el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia. Otra característica esencial de este procedimiento es que el acusador privado puede desistirse o transigir, con lo que el procedimiento terminará con un auto de archivamiento definitivo por extinción de la acción penal con arreglo al artículo 78.3 del Código Penal.

En tanto se trata de un delito exceptuado de la intervención del Ministerio Público, es inadmisibles un concurso procesal de delitos que dé lugar a la acumulación con delitos públicos, “en tanto la sustanciación de unos y otros es diferente en razón a su distinta naturaleza”.

4.1. La querella y su admisión

La querella constituye un requisito o característica esencial de este proceso, es decir, es un presupuesto procesal. En estos delitos, los actos de iniciación del proceso son requisitos para la existencia del juicio y para la imposición de la pena. La querella, por consiguiente, es un acto procesal de parte y de iniciación procesal, escrito y solemne, cuya finalidad es poner en marcha el proceso y que solo puede instarse por el ofendido o su representante. Contiene una declaración de voluntad no solo se comunica al juez la noticia de un delito, se busca un procesamiento y una ulterior sanción para el denunciado, por lo que debe ser dirigida contra persona cierta, identificada. La admisión de la querella confiere a su autor la calidad de parte acusadora, de sujeto procesal.

En los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el hecho punible formulará querella con los requisitos establecidos en el artículo 109 del Código Procesal Penal, por sí o por su representante legal, ante el Juzgado Penal Unipersonal. El directamente ofendido por el delito se constituirá como querellante particular. Si el juez considera que la querella no es clara o está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro del tercer día, la aclare o subsane, sino lo hace se tendrá por no presentada la querella y se ordenará su archivo definitivo. Consentida o ejecutoriada esta resolución no se puede renovar querella sobre el mismo hecho.

El juez podrá rechazar de plano la querella cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito, o la acción esté prescrita, o verse sobre hechos punibles de acción pública.

4.2. Investigación preliminar

Es factible, en este tipo de proceso, la realización eventual de investigación preliminar cuando se ignore el nombre o domicilio de la persona contra quien se quiere dirigir la querella, o cuando fuere imprescindible para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito.

La investigación es ordenada por el juez, a pedido del querellante particular, y se practica por la Policía Nacional en el plazo que se fije en la resolución judicial. Notificado el querellante con el informe policial correspondiente, está obligado a completar la querella dentro del quinto día, sino lo hace caduca su derecho a ejercer la acción penal.

4.3. Audiencia

Expedido el auto de admisión de la querrela y absuelto el trámite de contestación de la misma o vencido el plazo para hacerla, se dictará el auto de citación a juicio, cuya audiencia debe celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta. La audiencia se realiza en sesión privada, en donde se instará a las partes a que concilien y logren un acuerdo. Si ello no es posible, se continuará la audiencia bajo las reglas pertinentes del juicio oral. Si el querellante no asiste a la audiencia o se ausenta durante su desarrollo, se declarará sobreseída la causa.

4.4. Otros aspectos procesales

- a) Solo puede dictarse en este tipo de proceso la medida de coerción personal de comparecencia, simple o restrictiva.
- b) La inactividad procesal durante tres meses, produce el abandono del proceso.
- c) En cualquier estado del proceso, el querellante puede desistirse o transigir.
- d) Muerto o incapacitado el querellante antes de concluir el juicio oral, cualquiera de sus herederos podrá asumir la condición de querellante particular.
- e) En los delitos contra el honor cometidos por cualquier medio de comunicación social, podrá ordenarse la publicación o lectura, según el caso, de las sentencias condenatorias firmes.

COMENTARIO 2:

**LOS PROCESOS ESPECIALES EN EL NUEVO CÓDIGO
PROCESAL PENAL**

ROSA MAVILA LEÓN*

*A Florencio Mixán, ese sabio niño de permanente sonrisa,
a quien todos queremos tanto.*

En este artículo se busca definir las características centrales de los Procesos Especiales en la nueva normatividad procesal penal los que buscan hacer más eficiente, rápida y oportuna la persecución del delito cuando ya no está en debate la culpabilidad, sino la pena y la reparación, cuando por la naturaleza de la función del sujeto activo del delito se exige un juzgamiento especial, cuando las características de vulnerabilidad psicológica del autor del hecho punible requieren la aplicación de una medida de seguridad.

• **El fin político criminal.**

Este tipo de procesos, que por su estructura y su forma de realización se diferencian del Proceso Común se encuentran a nuestro juicio presididos por el afán de dar cumplimiento a los principios de plazo razonable y del debido proceso.

Su sistematización como modalidades procesales implica también el reconocimiento material de la sobresaturación del sistema penal con cargas casi imposibles de ser enfrentadas racionalmente por su número y complejidad. Un dato elocuente sobre el número de causas sometidas al enjuiciamiento penal es que en el año 2004 el número de Expedientes pendientes de juzgamiento era del orden de dos millones 074, 655 casos, de los cuales solamente fueron resueltos 925,354, quedando registrados como expedientes ingresados y no resueltos la cantidad de un millón 476,434 Expedientes, según cifras citadas por el Dr. Ricardo Herrera Vásquez, Profesor de la Academia de la Magistratura.

Esa sobrecarga procesal tiene además relación con la expansión del Derecho Penal sustantivo, es decir, con la hiperinflación penal, lo que causa no solo saturación procesal sino sobrecarga penitenciaria.

* Abogada, con estudios de Licenciatura en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; y con Estudios de Maestría en Ciencia Penal en la Escuela de Graduados de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



El Dr. César San Martín señala que la naturaleza de los procesos especiales es buscar la simplificación del procedimiento, lo que está unido a la necesidad de desarrollar programas de racionalización del juzgamiento en aquellos casos donde esté claro el tema de la culpabilidad. Refiere que: “muy sentido es el problema de los procedimientos penales, que exige resolver el papel de las especialidades y su ámbito. Es interesante, al respecto, la lógica italiana en la que la simplificación y la aceleración del procedimiento es el eje de estos procedimientos. Existen varios modelos pero pienso que el del CDIPP Italiano es muy interesante, al igual que el modelo francés, sin perjuicio de instaurar otras pautas propias a partir de nuestra realidad”.

El mismo tratadista cita al procesalista español Vicente Gimeno Sendra cuando éste alude a la meta de tener “un derecho sin dilaciones indebidas” (ya que) “en clara respuesta a la lentitud de los procesos ordinarios se busca construir procedimientos que doten –sin merma alguna del principio acusatorio y del derecho de defensa– de la necesaria rapidez y eficacia a la justicia penal”.

Se trata de un procedimiento rápido, en rigor, de un juicio rápido, que dé respuesta a la inseguridad ciudadana, por ejemplo, en los delitos patrimoniales, o canalice jurídicamente el reproche o la indignación social que provoca la violencia familiar y cuyo común denominador sea la evidencia de su comisión (flagrancia o certeza de la comisión del delito y de su autor) que pueda permitir obviar o reducir al mínimo la actividad instructora, instaurando únicamente Diligencias Urgentes.

I. EL PROCESO INMEDIATO

En este punto se trata de comprender los presupuestos fácticos y dogmáticos que se someterán al Proceso Inmediato, introduciendo a la reflexión de su aplicación o no en los casos de cuasiflagrancia. Asimismo se busca entender la secuencia y aplicabilidad del Proceso Inmediato y su relevancia político criminal.

1. El Proceso Inmediato

Este es el procedimiento especial que expresa con más nitidez el objetivo de buscar la simplificación y celeridad del procedimiento en aquellos casos de delitos flagrantes o que no requieran investigación.

El artículo 446 del CPP establece que los supuestos de hecho del proceso inmediato son los de haberse sorprendido al imputado en flagrante delito; que el imputado ha confesado la comisión de éste o que los ele-

mentos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previo interrogatorio del imputado sean evidentes.

Generalmente, en estos delitos, hay mucha cercanía temporal entre el momento de ocurrencia del hecho y la concurrencia de la policía, así como la identificación del autor y el hallazgo de las pruebas más importantes del caso. Trabajos realizados en Estados Unidos, en casos en que la identidad del sospechoso era conocida, probarían que buena parte de la investigación del tiempo posterior a la detención de éste, se gasta en actividades rutinarias o administrativas, a nivel policial.

Doctrinariamente, desde el punto de vista procesal penal, se comprenderían dentro de este tipo de procedimiento a los delitos descubiertos en flagrancia, es decir, a aquellos en los que se encuentra al autor con "las manos en la masa" así como a los descubiertos en cuasiflagrancia, es decir, a los que se detiene a los autores inmediatamente después de la perpetración de la conducta comisiva.

Sin embargo, no existe consenso al respecto. A nivel supranacional se advierte un criterio restrictivo para concebir la situación de flagrancia. Así tenemos que en la Sentencia del 8 de julio de 2004 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de los Hermanos Paquiyauri vs. Perú se precisa que los indicados hermanos "no fueron sorprendidos in fraganti sino que fueron detenidos cuando caminaban por la calle, sin que se hubieran configurado las causas y condiciones establecidas en el ordenamiento jurídico peruano que autorizaran una detención sin orden judicial, además, no fueron puestos inmediatamente a la orden de un juez". Por esas consideraciones, la CIDH considera que dichos hermanos fueron detenidos ilegalmente.

Dos comentarios que proceden de la lectura de la referida sentencia; en primer lugar, la concepción restrictiva de la flagrancia, en la cual los actos que se presumen inmediatamente posteriores a la conducta delictiva no se incluyen dentro del delito en los presupuestos fácticos en los que el imputado es sorprendido in fraganti, y la exigencia de una orden judicial para convalidar la detención.

Este segundo aspecto es aún más complejo si lo concordamos con la normatividad prevista en el nuevo Código Procesal Penal, específicamente con el Artículo 68 que faculta a las autoridades policiales, en el inciso c, a "practicar el registro de las persona, así como prestar el auxilio que requieran las víctimas del delito". Asimismo con las prerrogati-

vas que les son concedidas en el mismo dispositivo, en el inciso h, tales como “capturar a los presuntos autores y partícipes en caso de flagrancia, informándoles de inmediato sobre sus derechos”.

De otro lado debe concordarse este análisis con lo previsto en el Artículo 259 del Código Procesal Penal, cuando establece que “la Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito”, normatividad que estaría fijando aparentemente un criterio más amplio que al concebido en la CIDH.

Es necesario volver a resaltar que el Artículo 259 del Código define lo que considera como flagrancia señalando que existe cuando el 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 (supuesto de hecho de la cuasiflagrancia) o incluso cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.

El Código establece expresamente que si la conducta se refiere a un ilícito cuya penalidad es menor de dos años privativos de libertad, luego de los interrogatorios de identificación (por ejemplo, la suscripción de Actas de Reconocimiento hechas por los agraviados a nivel policial), si se trata de un delito sancionado con pena menor a 2 años privativos de libertad, podrá ordenarse una medida menos restrictiva, es decir, el imputado podrá ser juzgado sin privársele de su libertad.

Por último, el Artículo 260 del nuevo Código establece que “toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva”.

En síntesis estamos constatando que mientras en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos prima una orientación restrictiva de los actos in fraganti, en el nuevo Código Procesal Penal se incorpora los supuestos de cuasi fragancia y se dan plenas facultades a la policía para detener al imputado sin que medie mandato judicial, facultad que puede ejercer incluso cualquier persona, entregando inmediatamente al arrestado a la Estación de Policía más cercana.

La característica de este proceso especial es la falta de necesidad de realizar la Investigación Preparatoria intentándose, por ello, evitar que la investigación se convierta en un procedimiento burocrático rutinario innecesario cuando prácticamente están dadas las condiciones para la sentencia.

El antecedente normativo cuestionador de este sesgo dilatorio está en la Ley 28122 de 16 de diciembre de 2003, en la cual se permitía la con-



clusión anticipada del proceso en los casos de flagrancia, si es que las pruebas recogidas por la Policía o el Ministerio Público, presentadas en la denuncia, eran suficientes para promover el juzgamiento y si el procesado confesaba sinceramente su responsabilidad ante el Juez. En ese caso se dispuso la realización de una Instrucción judicial breve, caracterizada por ese ánimo no dilatorio, eficaz y oportuno.

El Fiscal formulará el requerimiento de proceso inmediato ante el Juez de la Investigación Preparatoria luego de culminar las diligencias preliminares de investigación o antes de los treinta días.

El Juez de la Investigación Preparatoria previo traslado a los sujetos procesales por el plazo de tres días, decidirá en el mismo término si procede el proceso inmediato o si rechaza el pedido fiscal. Si el Juez dispone la procedencia del Proceso Inmediato, el Fiscal formulará acusación la que inmediatamente será remitida por el Juez de la Investigación Preparatoria al Juez Penal para que dicte en una sola Resolución el auto de enjuiciamiento y el de citación a juicio. A solicitud del imputado puede solicitarse el proceso de terminación anticipada.

Si el Juez niega el trámite del proceso inmediato, el Fiscal puede formalizar la denuncia u optar por continuar la Investigación Preparatoria.

Los estudiosos Arsenio Oré Guardia y Giuliana Loza han resaltado lo que consideran "casos especiales" de proceso inmediato. El primero, en relación a si procede el juzgamiento como proceso inmediato en los casos de pluralidad de imputados, supuesto en el que opinan afirmativamente, siempre y cuando todos los procesados se encuentren en los casos de flagrancia, confesión del delito o cuando según los elementos de convicción acumulados por el Juez durante las diligencias preliminares, previo interrogatorio de los imputados, sea evidente que existió flagrancia o cuasi flagrancia.

En segundo lugar precisan que en los casos de delitos conexos que comprenden a otros imputados, no se acumulará en el proceso inmediato el juzgamiento de terceros salvo que esa circunstancia perjudique el libre esclarecimiento de los hechos o cuando la acumulación de actuados es indispensable.

En general, en el Proceso Inmediato, no se exige la realización de una investigación formal sino que con lo actuado en la fase preliminar, el Fiscal formula su requerimiento ante el Juez de la Investigación Preparatoria, el mismo que dictará la resolución que pone fin al proceso o el auto de enjuiciamiento y citación a juicio.



II. EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En este ámbito, la nueva normatividad procesal comprende las distintas alternativas de Procedimiento Especial en razón de la calidad de los procesados. Se aclara en primer lugar la diferencia del procedimiento que existe en razón de la materia, es decir, cuando el procedimiento especial corresponde estrictamente a delitos de función o cuando se trata de delitos comunes atribuidos a altos funcionarios públicos, y en segundo lugar, la diversidad del procedimiento, que se configura en función del estatus de los autores del delito, es decir, si se trata de altos dignatarios y congresistas u otros funcionarios públicos. Estos últimos solo serán encauzados dentro de esta sección si cometen delitos de función.

1. El Proceso por razón de la Función Pública

Dentro de la Sección II del Libro Quinto del CPP se consideran como procesos por razón de la función pública los siguientes:

- El Proceso por Delitos de Función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos.
- El Proceso por Delitos Comunes atribuidos a Congresistas y Altos Funcionarios Públicos.
- El Proceso por Delitos de Función atribuidos a otros Funcionarios Públicos.

1.1. Proceso por Delitos de Función atribuidos a Altos Funcionarios Públicos.

Conforme al Artículo 449 del CPP solo podrán ser procesados en este ámbito los altos dignatarios a los que se refiere el Artículo 99 de la Constitución, esto es, el Presidente de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los integrantes del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Vocales de la Corte Suprema de la República, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Estos altos dignatarios podrán ser procesados por infracción de la Constitución o por todo delito que cometan hasta por un plazo de cinco años posteriores al cese de su función.

Para que proceda la incoación en este proceso penal especial se requiere que previamente se interponga una denuncia constitucional en aplicación del Reglamento del Congreso y la ley por el Fiscal de la Nación, el agraviado, o por los congresistas, como consecuencia del procedimiento



parlamentario o de la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso.

Como advierte el jurista César San Martín será necesario entonces que con carácter previo al procedimiento judicial se realice el procedimiento parlamentario de antejuicio o acusación constitucional, puesto que, citando a Montero Aroca, refiere que se trata de tutelas judiciales privilegiadas. Es una suerte de garantía política, que corresponde a la alta investidura de los procesados, la que establece la necesidad de una autorización previa que otorga el Congreso en este tipo de procesos.

El mismo tratadista informa que, estando a lo previsto en el Artículo 89 del TUO del Reglamento del Congreso, la denuncia constitucional solo puede ser interpuesta por cualquier congresista y el agraviado, sin que pueda entablarse acción popular. Presentada por escrito y acompañándose la prueba de la denuncia del agraviado, será puesta a conocimiento de todos los congresistas, leyéndose una breve sumilla en la siguiente sesión del Pleno o de la Comisión Permanente.

Si ningún congresista la hace suya pasará a la Comisión Permanente Calificadora que evaluará si esta satisface los requisitos de procedibilidad. Si para esta instancia la denuncia es procedente, o si la hace suya un congresista, será remitida a la Comisión Permanente quien nombrará una Sub Comisión y a su Presidente, instancia que evaluará los hechos y elaborará un Informe. Previamente a ello hará llegar un pliego de preguntas al denunciado para que formule su descargo por escrito así como evaluará si procede la actuación de pruebas, de aceptarlas, se convocará a una Audiencia privada donde estas se actuarán y se recibirá el alegato del denunciado y del denunciante.

La Comisión Permanente resolverá inmediatamente si el informe de la Subcomisión absuelve al denunciado, si lo acusa, se dará un debate y de ser aprobadas las imputaciones se nombrará una Sub Comisión acusadora que presentará el informe ante el Pleno del Congreso.

La denegación de autorización para imputar un delito a un congresista puede estar sesgada por motivaciones políticas y no jurídicas, sin embargo, no será aplicable a esta decisión el supuesto de arbitrariedad de los actos administrativos. Sin embargo, corresponde a la jurisdicción constitucional, es decir, al Tribunal Constitucional "si el juicio de oportunidad del Congreso se ha producido en términos razonables o argumentales".

El artículo 450 del CPP establece que el Fiscal de la Nación, al recibir la resolución acusatoria de contenido penal enviada por el Congreso, for-



malizará la Investigación Preparatoria y se dirigirá a la Sala Plena de la Corte Suprema a fin de que nombre al Vocal Supremo que actuará como Juez de la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal que se encargará del juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones del primero.

La Investigación Preparatoria solo podrá tratar los hechos contenidos en la acusación constitucional al funcionario y la tipificación contenida en la resolución del Congreso. Entonces no podrá darse ninguna tipificación alternativa o distinta, ni considerarse otros hechos. Para poder incluir nuevos hechos de naturaleza delictiva, en el proceso especial, se requerirá nueva resolución acusatoria del Congreso iniciándose un nuevo trámite, en ese sentido, que partiendo del Fiscal de la Investigación Preparatoria se elevará al Fiscal de la Nación para que formule nueva denuncia constitucional ante el Congreso.

Como quiera que aún no podemos enjuiciar ningún caso interno en este tipo de delitos bajo los parámetros normativos del nuevo Código Procesal Penal queremos plantear algunos aspectos que se deducen de la jurisprudencia comparada que pueden reeditarse en nuestro medio.

La solicitud de antejuicio contra el Presidente de Venezuela Hugo Chávez.

El fallo emitido por el Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena de Caracas (Venezuela), en la solicitud de antejuicio de mérito intentada por Hidalgo Valero Briceño, Manuel Puentes Torres y José Antonio Villarroel, directores de la Asociación Civil "Defensores Populares de la Nueva República" (DPR) y otros representantes de Comisión de Contraloría y Diputados de la Asamblea Nacional, contra el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela. Hugo Rafael Chávez Frías, por la presunta comisión de los delitos de peculado, malversación genérica y abuso de funciones, tipificados en los Artículos 58, 60 y 69 de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público (hoy Ley contra la Corrupción) en relación con la administración de recursos del Fondo de Inversión para la estabilización macroeconómica, contiene aspectos importantes para analizar.

El Juzgado de origen había sostenido que la querrela era admisible, porque "los delitos imputados deben ser analizados de acuerdo a la inmediatez que los mismos pudieran causar a los querellantes", es decir, que a criterio del juzgador originario, independientemente de la investidura del Presidente de la República de Venezuela, los delitos imputados, por afectar en forma inmediata a la nación, podían ser juzgados sin más trámite.

Sin embargo, la Sala Plena establece en segunda instancia, que tratándose de delitos contra el erario público, los legitimados para activar el mecanismo de solicitud del antejuicio de mérito son los organismos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para la representación del Estado, quien es el titular del erario público.

Postula entonces que los representantes de Organismos No Gubernamentales e incluso los miembros de la Comisión de Contraloría y Diputados de la Asamblea Nacional, no ostentan la legitimidad procesal para activar el mecanismo de la solicitud del antejuicio de mérito.

En este tipo de procesos, el tema de quien está facultado para denunciar y cuando puede hacerlo, y a través de que mecanismo, que es el del antejuicio constitucional, es fundamental. En el caso de los Presidentes de la República y de altos dignatarios, la regla básica es que solo podrán ser denunciados cuando hayan culminado el ejercicio de sus funciones y solo podrán ser denunciados, mientras ejerzan funciones, por determinadas personas que ejercen la representación del estado respecto de la cautela del erario nacional, porque la condición de víctimas debe afectar directamente a los denunciados, y en tanto ello no se acredite está en cuestión la legitimidad para obrar de los peticionantes. En el estatuto constitucional peruano solo el supuesto de hecho de incapacidad moral para el ejercicio del cargo es permisible mientras el Presidente de la República se encuentra ejerciendo funciones y ello solo es admisible para sustentar la vacancia del cargo, mas no para ser denunciado penalmente.

✓ El caso de Alejandro Rodríguez Medrano

En nuestro medio, un caso que entraría en los supuestos de este tipo de procedimiento habría sido el del ex Vocal Supremo Alejandro Rodríguez Medrano, si este proceso se habría juzgado durante la vigencia del nuevo Código Procesal Penal. Dicho magistrado fue condenado por delito de Tráfico de Influencias por el Tribunal integrado por los magistrados Eduardo Palacios, Jovino Cabanillas y José María Balcázar.

El Colegiado estableció que si bien el imputado no ofreció dádivas a la ex jueza Sonia Medina y a la ex Vocal Superior Rosario Encinas, intentó inducirlos a fallar a favor de los propietarios de medios de opinión profesionalistas, en las querellas habidas entre Enrique Escardó, Director de la Revista Gente con los directivos de Canal N y entre los Hermanos Winter y Naomi Ivcher respectivamente. Al haber reconocido el imputado que concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), escenario de



trabajo de Vladimiro Montesinos, en más de 36 oportunidades, a pesar que refirió como argumento de defensa que lo hizo únicamente para dar charlas, el Tribunal lo condenó a una pena privativa de libertad que se debe ejecutar del 26 de febrero de 2003 al 6 de setiembre de 2009 y al pago de una Reparación Civil de 500 mil nuevos soles.

En su calidad de Vocal de la Corte Suprema de la República, dicho magistrado pudo haber sido sometido al procedimiento especial por delito de función atribuido a un alto funcionario público.

1.2. Proceso por delitos comunes atribuidos a congresistas y otros altos funcionarios

Este proceso se rige por las reglas y la estructura orgánica del proceso común con la única salvedad de que necesariamente en la etapa de enjuiciamiento, intervendrá un tribunal colegiado, es decir, que el imputado no podrá ser juzgado por un Juez unipersonal. Pueden ser comprendidos en este procedimiento especial todos los altos funcionarios hasta un mes después de haber cesado en sus funciones. En caso de ser detenido en flagrante delito el agente deberá ser puesto a disposición del Congreso o del Tribunal Constitucional en el término de 24 horas a fin de que se defina si se le priva o no de libertad y si procede o no el enjuiciamiento.

Las prerrogativas de inmunidad de los congresistas y del Defensor del Pueblo que presuntamente cometen delitos comunes que, en la práctica, les otorgan la inmunidad del antejuicio así como los privilegios de no ser detenidos y no poder ser sometidos a proceso sin previa autorización del Congreso son conocidas como el aforamiento cuando se refieren a la imputación de delitos comunes.

La petición para el levantamiento de la inmunidad solo puede ser solicitada por la Corte Suprema de Justicia la que debe estar acompañada de una copia del expediente judicial.

La Comisión Calificadora del Congreso citará al dignatario para que ejerza su derecho de defensa, luego de lo cual evaluará si es pertinente el pedido o éste tiene motivación política, racial, religiosa u otras razones, dictaminando en el plazo de 30 días, pasados los cuales se elevará lo actuado al Pleno del Congreso que aprobará o rechazará el dictamen de la Comisión Evaluadora.

El caso de la congresista Martha Chávez, quien fuera sometida al antejuicio constitucional por presunto delito de cohecho, posteriormente

juzgada por la Corte Suprema de la República y absuelta, habiendo sido reincorporada en su cargo, habría constituido uno de los supuestos de hecho de esta normatividad si los sucesos hubieran ocurrido durante la vigencia del nuevo Código Procesal Penal.

Otro caso es el del congresista Leoncio Torres Ccalla, quien fue denunciado por una de sus asistentes por haberla violado aprovechando de su situación de parlamentario y empleador de la víctima, el mismo que viene siendo juzgado, habiéndose viabilizado el trámite del antejuicio de un modo rápido y célere dada la gravedad del delito y la evidencias de su perpetración, ya que el referido congresista fue grabado en un video aceptando el delito, al referir que “los hombres a veces hacemos burradas”, declaración que fue difundida en todos los medios de opinión y tuvo un particular impacto mediático. Dada la evidencia de la perpetración del delito, el procedimiento del antejuicio fue breve y el congresista se encuentra sometido al proceso penal correspondiente.

1.3. Procedimiento por delitos de función atribuidos a otros funcionarios públicos

El artículo 454 del CPP establece dos niveles de juzgamiento para los delitos de función perpetrados por otros funcionarios públicos distintos de aquellos que tienen el rango de altos dignatarios según:

- a) Los integrantes del Consejo Supremo de Justicia Militar, los Fiscales Superiores, el Procurador Público y otros funcionarios de ese nivel, requerirán, para ser investigados, que el Fiscal de la Nación, previa indagación preliminar, emita una disposición que ordene al Fiscal respectivo la formalización de la Investigación Preparatoria. En caso de flagrante delito, el funcionario será conducido al despacho del Fiscal Supremo o del Fiscal Superior para dicha formalización en el plazo de 24 horas.

La Sala Penal de la Corte Suprema designará entre sus miembros al Vocal Supremo que intervendrá en la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial que se encargará del juzgamiento y del trámite del recurso de apelación. El Fiscal de la Nación definirá al Fiscal que conocerá en la etapa de la Investigación Preparatoria y al que intervenga en la etapa de enjuiciamiento.

El fallo emitido por la Sala Penal Especial puede ser apelado ante la Sala Suprema prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la última instancia.



b) El Juez de Primera Instancia, el Juez de Paz Letrado, el Fiscal Provincial y el Fiscal Adjunto Provincial así como otros funcionarios de similar investidura corresponderán ser investigados por el Fiscal Superior y juzgados por el Vocal designado por la Presidencia de la Corte Superior para que asuma la labor de la Investigación Preparatoria así como por la Sala Penal Especial que se encargará del enjuiciamiento. El Fiscal Superior Decano designará a los Fiscales Superiores que conocerán las etapas de la Investigación Preparatoria y el enjuiciamiento. La sentencia de la Sala Penal Especial es apelable ante la Sala Penal de la Corte Suprema cuyo fallo es inimpugnable.

✓ El caso de Luis Bedoya de Vivanco y de Vladimiro Montesinos Torres
En este tipo de procedimientos habrá que establecerse como paso previo si quien tiene el ejercicio real, aunque no formal del cargo de funcionario público, puede ser considerado como sujeto activo de los delitos contra la administración pública, tal como el peculado. Este asunto fue resuelto en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC, en la Sentencia del Tribunal Constitucional referida al caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, quien se desempeñaba como Alcalde del distrito de Miraflores cuando recibió dinero de Vladimiro Montesinos Torres, el Jefe real del Servicio de Inteligencia Nacional, para destinarlo a su campaña electoral de congresista.

En dicho fallo, el TC sostuvo que si bien la persona de Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional ejercía de hecho la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, "por lo que puede considerársele sujeto activo del delito tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.". Los magistrados del TC asumieron que la consumación del delito se dio cuando este último hizo entrega de fondos públicos a Bedoya, momento en el cual éstos salieron de la esfera de dominio estatal. Con esta argumentación, avalaron la sentencia de la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima que impuso una condena de 5 años privativos de libertad a Luis Bedoya de Vivanco, considerándolo partícipe del hecho punitivo.

La defensa de este último postuló que éste no podía ser considerado partícipe, porque esa figura penal solo puede presentarse en la etapa de preparación o de ejecución del delito y que el delito de peculado se consuma con la apropiación de fondos públicos, por lo que al haber



Vladimiro Montesinos entregado dichos caudales en un momento posterior a la consumación del delito que él perpetró, ya no podía haber participación delictiva de quien recibió dichos fondos.

En el voto singular del Dr. Juan Bautista Bardelli se resaltó que no puede darse una creación judicial de supuestos no previstos en la ley, porque ello vulnera el principio de legalidad porque no se puede sancionar como autor de delito de peculado a quien sin tener formalmente la condición de funcionario público ejerce de facto dicha función.

Asimismo insistió en que el TC tiene como función la del control de constitucionalidad y que tal organismo “no puede dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de un inculpado o sentenciado, ni efectuar la calificación de tipo penal toda vez que esas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria”.

Los demás magistrados del TC, los Doctores Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, refutaron este último argumento, señalando que era el accionante (Bedoya Reyes) quien cuestionaba los criterios dogmáticos adoptados por la judicatura penal, ratificando que ello no podía ser objeto de discusión en el proceso de hábeas corpus, sin embargo, resaltaron que el “principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional frente a la creación de delitos y faltas y su consecuente agravación o incluso respecto de la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos”.

El TC marcó el raciocinio de que “la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional”, sin embargo, estableció que el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable al que realiza el juez penal. Reafirmó que no puede acudir al hábeas corpus para ventilar, en la instancia jurisdiccional constitucional, asuntos resueltos y de incumbencia exclusiva del juez penal, reafirmando que su intervención se concreta a evaluar si una sentencia procedente de la judicatura penal ha sido emitida al margen del debido proceso.

Desde el punto de vista procesal penal, la nueva codificación no solo contiene un mayor ordenamiento del trámite mismo del procedimiento penal al que se someten los altos dignatarios sino que se ha abreviado dicha secuencia procesal de modo tal que tiende a evitarse la impuni-



dad de las conductas que tiene relevancia penal y que son perpetradas en dichas esferas de poder. Asimismo si concordamos la normatividad procesal con la jurisprudencia constitucional advertiremos que la concepción misma de funcionario público, está en proceso de evolución.

III. EL PROCESO DE SEGURIDAD

Este proceso operativiza la aplicación de las medidas de seguridad como instrumentos distintos a la pena, asegura el carácter reservado del proceso y la obligatoriedad de que el imputado se someta a pericia especializada; aclara a quiénes es aplicable este procedimiento así como cual es el mecanismo de conversión de un proceso de seguridad a un proceso penal en el que se aplica una pena.

1. El Proceso de Seguridad

El primer asunto a discernir en este tipo de proceso es si será aplicable o no una pena al imputado. Si la respuesta es afirmativa se desechará de plano la posibilidad del proceso de seguridad el mismo que solo se instaura cuando al finalizar la Investigación Preparatoria el Fiscal considere que solo es aplicable al imputado una medida de seguridad, por razones de salud o de minoría de edad.

El Fiscal emitirá el requerimiento de imposición de medidas de seguridad ante el Juez de la Investigación Preparatoria donde el encauzado será representado por su curador si es menor de edad y no se le interrogará si ello es imposible.

El Juez de la Investigación Preparatoria puede rechazar el requerimiento del Fiscal y optar por la aplicación de la pena. El proceso de seguridad solo puede desarrollarse en forma autónoma al proceso común, no pudiendo acumularse ambos procesos.

El proceso de seguridad es reservado, se desarrolla sin la presencia del público por su particularidad en la que se está tratando la situación de personas con problemas psíquicos, anomalías, vulnerabilidad notoria o minoridad. Incluso puede realizarse sin la presencia del imputado, pudiendo éste ser interrogado en otro ambiente fuera del local del juicio. Se le puede interrogar antes de la realización del juicio e incluso se pueden leer sus declaraciones anteriores si no pudiera contarse con su presencia.

La diligencia de la cual no se puede prescindir es la declaración del perito que emitió el dictamen del estado de salud del imputado.



El fallo absolverá al investigado, o dispondrá la aplicación de una medida de seguridad.

En pleno desarrollo del proceso de seguridad, si el juez advierte que es posible aplicar una pena al imputado dictará la resolución de transformación del proceso e informará al imputado sobre su nueva situación jurídica.

La naturaleza de las Medidas de Seguridad, desde una perspectiva garantista, concibe estas medidas para ser aplicadas en contextos post y no pre delictivos. El fallo de la Sala Penal de Lima en el Expediente N° 4749-99, que ha sido publicado en la Revista Peruana de Jurisprudencia, Normas Legales, Año II, N° 4, p. 349, establece que “constituyen una de las dos posibles vías de reacción del ordenamiento jurídico penal contra los hechos antijurídicos, siendo el otro la pena. Los presupuestos de imposición de las Medidas de Seguridad son la antijuridicidad del hecho cometido y la culpabilidad (responsabilidad personal) del sujeto agente del mismo”.

La jurisprudencia citada establece con claridad que debe existir un hecho patológico que fundamente la ausencia de responsabilidad penal del sujeto por el hecho, el mismo que debe haber sido determinante para la comisión del hecho, y sobre su base, ha de ser posible formular un pronóstico de peligrosidad, esto es, de previsibilidad de la comisión de nuevos hechos delictivos en el futuro.

En otras palabras, por una mera presunción de peligrosidad, sin haber existido delito no es posible la aplicación de una Medida de Seguridad e incluso habiéndose incurrido en conducta delictiva, si no existen motivos fundados de riesgo de darse la reiterancia, tampoco es aplicable esta medida.

El inimputable que actúa desconociendo que se encuentra lesionando un bien jurídico incurre en un error relevante para la valoración de la antijuridicidad del hecho punible. La oligofrenia, la enfermedad mental y aún la minoría de edad son estados complejos que pueden tener distintas consecuencias dogmáticas, por ejemplo, el inimputable que desconoce que se encuentra lesionando un bien jurídico actuará sin dolo e incurrirá en error a diferencia de aquel que conozca, aunque anormal o deformadamente el significado de lo que hace, donde entrará a tallar el juicio de culpabilidad.

Estos elementos han sido especificados con claridad en la jurisprudencia. Así tenemos que en la Resolución N° 526-98, del 7 de agosto de



1998, se establecen criterios para el cambio de la Medida de Seguridad a la situación de Imputabilidad al establecerse que “la medida de seguridad se aplica ante un pronóstico de peligrosidad post delictual en atención al delito cometido, la modalidad de ejecución y la evaluación psicológica, con la finalidad que el sujeto no cometa nuevos delitos; habiendo desaparecido la peligrosidad y atendiendo al informe médico, se hará cesar la internación”.

Nótese que el ingreso del imputable en una institución especializada con fines terapéuticos o de custodia exige que el sujeto esté en condiciones de cometer delitos particularmente graves, debiendo hacerse una evaluación psicológica del paciente cada seis meses y si hubiera desaparecido la vulnerabilidad psicológica, se levantará dicha medida.

Ello sucedió en el caso del padre del sargento Eduardo Edwin Tejada Ramírez, quien fue abogado asimilado al Ejército Peruano y se desempeñó en la zona de emergencia cuando su hermano se suicidó, lo que hizo que el militar denunciara a su padre, quien luego de ser evaluado presentaba un trastorno psicótico agudo, de tipo paranoide, por lo cual la Sala Penal dispuso su internación por 10 años en el nosocomio del sector público de la capital. Habiéndose extraviado el Expediente y rehecho desde el año 1996 se dispuso la realización de una Pericia Psiquiátrica a ser aplicada en el Instituto de Medicina Legal, la misma que concluyó estableciendo que “el procesado no presenta síntomas psicóticos activos requiriendo una evaluación psiquiátrica ambulatoria y periódica”, por lo cual dispusieron el cese de la medida de internamiento impuesta.

Si sometiéramos este caso a la nueva normatividad procesal, en aplicación del Artículo 458 de dicho cuerpo normativo, el Juez debería dictar la resolución de transformación del proceso a las reglas del proceso común, dando al ex inimputable todas las garantías para el pleno ejercicio del derecho a la defensa.

IV. PROCESO POR DELITO DE EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL

En este aspecto se norma el procedimiento especial en los delitos de acción privada, precisando los nuevos roles de ubicación de la víctima en el proceso penal. Se resalta la posibilidad permanente de mediación y transacción que el proceso conlleva. Asimismo se analizan casos en los que es necesario ponderar entre el interés privado y el interés social.

1. El Proceso por Delito de Ejercicio Privado de la Acción Penal.

Anteriormente, el tratadista César San Martín lo denominaba el Procedimiento por Delito Privado, señalando que “la característica más importante de los delitos privados es que la persecución está reservada a la víctima” quien además es la única que tiene legitimación activa cuando la conducta punible ofende la memoria de una persona fallecida.

Precisaba que “en los delitos privados igualmente el Ministerio Público no interviene como parte, bajo ninguna circunstancia...porque el agraviado se erige en acusador privado y por tanto en único impulsor del procedimiento, el mismo que no solo promueve la acción penal sino introduce la pretensión penal y civil”... “Otra característica esencial de este procedimiento es que el acusador privado puede desistirse o transigir”.

Al ofendido en estos delitos se le ha denominado, en el CPP, querellante particular estando el proceso a cargo de un Juez Unipersonal. Este se inicia con la denuncia del querellante ante el Juez quien emite el auto admisorio de la instancia. El traslado al querellado es por el término de cinco días pasados los cuales éste debe formular su contestación y hacer el ofrecimiento de medios de prueba. Vencido ese plazo, el Juez emitirá el auto de citación a juicio. La Audiencia se realizará en el término de 10 a 30 días, pasados los cuales, se expedirá sentencia, la misma que es apelable.

Solo se podrá dictar contra el querellado mandato de comparecencia simple o restrictiva. Si éste no asiste al juicio oral o se ausenta durante el mismo, será declarado reo contumaz y se dispondrá su conducción compulsiva reservándose el proceso hasta que sea habido.

Muerto o incapacitado el querellante, sus herederos pueden asumir el rol del querellante particular. A los tres meses de inactividad procesal se declarará el abandono de oficio de la querrela.

Lo más destacable desde la perspectiva compositiva es que está permitido el desistimiento del querellante y la transacción, en cualquier estado del proceso.

✓ El caso de Mónica Adaro Rueda

Un caso que tuvo cierto impacto en nuestro medio fue el de la vedette Mónica Adaro quien denunciara a los periodistas Magali Medina Vela y Ney Victor Guerrero por Delito contra la Libertad- Violación de la Intimidad, porque difundieron televisivamente escenas sexuales íntimas de



dicha persona a través del programa que desarrollaban en una secuencia que denominaron el de las “prostivedettes” reconociendo haber procedido sin autorización a filmar escenas sexuales privadas de la agraviada.

La defensa de los procesados, tanto en la fundamentación del Recurso de Nulidad de la sentencia condenatoria ante la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República como ante el Tribunal Constitucional arguyó que los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección por el derecho a la intimidad y que el trabajo periodístico sobre las vedettes dedicadas a la prostitución clandestina es un acto de ejercicio del derecho a la libertad de prensa.

Son trascendentes los argumentos del TC cuando refiere que el derecho a la información tiene relevancia jurídica solamente en los límites de la utilidad social y de la esencialidad y modales civilizados de la noticia.

Cuando el TC realiza la ponderación entre los bienes tradicionalmente enfrentados en este tipo de delitos, es decir, al compararse el derecho de información periodística frente al derecho a la intimidad, se afirma que se deberán considerar tres criterios convergentes: el tipo de libertad ejercitada, el interés público existente y la condición de personaje público o privado del ofendido.

Al establecerse que la información no era de interés público y cuando los sentenciados reconocieron que provocaron el encuentro sexual instruyendo al “contacto” para que oficie de instigador, no siendo de valor social la información difundida así como por la gravedad y dañosidad social y personal que produjo la difusión del video, la pena y reparación civil incluso debieron ser más ejemplificadoras, según el TC. Por ello declararon no haber nulidad en el fallo que condenó a los procesados a la pena de cuatro años privativos de libertad, suspendida condicionalmente a tres años, y el pago de 180 días multa, más 50 000 Nuevos Soles de Reparación Civil.

De hecho, el proceso especial que crea el nuevo Código permitirá tramitar estos casos con mucha mayor celeridad y facilitará que el ofendido y el agraviado pueden tener una posibilidad de salida compositiva que limite el uso del sistema penal y los encauce dentro de un proceso enjorrosado y complejo.

V. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

En este punto se busca entender el carácter de la Terminación Anticipada, los presupuestos de mediación entre el imputado y la víctima que impli-



ca, el rol del Juez en el proceso que es determinante para aceptar los términos de la mediación, así como los efectos de una decisión negativa de éste.

1. El Proceso de Terminación Anticipada

Este modelo de procedimiento está basado en el principio del consenso y se ubica en el objetivo político criminal de lograr una justicia más rápida y eficaz aunque respetando el principio de legalidad. Sería un “filtro selectivo consensualmente aceptado”, según Padovani, en tanto el modelo, por su premialidad auspicia a su utilización

Las partes, ejerciendo la conformidad, asumen un poder dispositivo sobre el proceso, puesto que el Fiscal y el imputado proponen al Juez concluir el proceso evitando el cumplimiento de las fases procesales restantes porque llegan a un acuerdo sobre la calificación del delito, la responsabilidad penal y la reparación civil.

El estudioso César San Martín cita a Pedro Butrón Baliña, quien habría señalado que el principal objeto de negociación es la pena y ya no importa el cargo que se imputa o que se pacte una pena distinta de la que está prevista legalmente, es decir, el pacto no se ciñe necesariamente al sistema de penas previsto normativamente, porque la naturaleza del proceso de terminación anticipada es constituir una transacción o un pacto entre los sujetos que son adversarios en el proceso penal para cortar la secuela de la continuación de éste.

Es un negocio de transacción basado en recíprocas concesiones entre acusación y defensa que permite al Estado ahorrar la fase del enjuiciamiento, fallo y los gastos del proceso de prisionización y al procesado le evita la aplicación de la privación de libertad. Estructuralmente si se aplica eficientemente permitiría un aminoramiento de la cantidad de presos siendo una de las salidas a la problemática de la superpoblación carcelaria.

Se trata de “reducir los tiempos de la causa”, presupone un acuerdo previo entre el Fiscal y el imputado quien tiene la iniciativa en su trámite, pero tiene que contar con el consenso del Juez de la Investigación Preparatoria que puede no aprobar la negociación y el acuerdo al que han llegado las partes confrontadas en el proceso. Entonces, el proceso ya no concluirá en la etapa de la investigación preparatoria sino regresa a su curso común como si no hubiera existido la etapa de negociación y la elaboración de la propuesta del acuerdo.

La terminación anticipada es un proceso simplificado, porque permite, mediante la negociación y transacción, que éste termine antes de la duración legalmente prevista para el proceso penal.

César San Martín sintetiza algunas precisiones que se habrían derivado de la aplicación de la terminación anticipada en Italia los que serían los siguientes:

- La terminación anticipada no es una atribución del imputado sino una posibilidad de solicitud de pena con el consentimiento de la Fiscalía que se presenta ante el Juez.
- Si, en la terminación anticipada, el Juez condena con el mérito de actuados preliminares se impone en un contexto en que el imputado solicita la reducción de la pena en condiciones de libertad y ejerciendo el derecho de defensa para adquirir con seguridad una pena mínima.
- La presunción de inocencia no se ve alterada en su contenido esencial en tanto el imputado solamente renuncia a su facultad de contestar la acusación.
- El principio de motivación del juez no se ve mellado, porque el magistrado evalúa si concede o no la terminación anticipada y lo hace analizando la congruencia del pacto con la atenuación de la pena sin que los términos contenidos en éste lleguen a ser abiertamente violatorios del principio de proporcionalidad.
- Es cierto que al solicitarse consensualmente la pena se excluye la publicidad del procedimiento, pero esta limitación se neutraliza con el reconocimiento de responsabilidad del imputado atenuándose la exigencia de garantía a favor de la persona.
- Las limitaciones de actuación de la parte civil no son anticonstitucionales en tanto que no se niega su facultad de presentar alegaciones sobre su interés resarcitorio pudiendo solicitar una indemnización mayor a la pactada.

Lo importante es que el nuevo Código Procesal Penal permite su aplicación para todo tipo de delitos, con lo cual éste es un mecanismo de gran relevancia para enfrentar el problema estructural de la justicia penal de sobresaturación del sistema penal por la gran cantidad de expedientes.

Según lo previsto en el artículo 468 del CPP, solicitada la terminación anticipada del proceso por el imputado y el Fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria convocará a la audiencia de terminación anticipada. Presentado un acuerdo inicial sobre la pena y la reparación civil, éste será puesto en conocimiento de las demás partes por el término de cinco días, quienes se pronunciarán sobre su procedencia y formularán sus pretensiones.

En la audiencia, el Juez deberá explicar al imputado los alcances y consecuencias del acuerdo, luego éste se pronunciará al igual que los demás sujetos procesales. El Juez promoverá que lleguen a un acuerdo pudiendo suspender el debate por breve término, continuando el mismo día. No se actuarán medios probatorios.

Si el imputado y el Fiscal llegan a un acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible, la pena, reparación civil y consecuencias accesorias, así como la no aplicación de la pena privativa de libertad, ello se consignará en el acta respectiva, debiendo el Juez dictar sentencia en el plazo de cuarenta y ocho horas.

Si el Juez considera que el pacto es razonable dispondrá en la sentencia la pena y la reparación civil acordadas. Esta puede ser apelada por los demás sujetos procesales, los que pueden cuestionar la legalidad del acuerdo o el monto de la reparación civil.

En los procesos con pluralidad de imputados se requerirá el acuerdo de todos ellos y por todos los cargos que se imputen a cada uno. El Juez puede aprobar acuerdos parciales, si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos.

Si no se llega a un acuerdo, la declaración del imputado en este proceso se asume como inexistente.

El procesado que se acoja a este beneficio recibirá el beneficio de reducción de la pena a una sexta parte, el mismo que es adicional al que reciba por confesión.

La normatividad penal que constituye un antecedente de este modelo procesal está contenida en la Ley 28122, dispositivo que estableció dos institutos procesales: la conclusión anticipada de la instrucción judicial (Artículos 1 al 4 de la Ley) y la conclusión anticipada del debate o del juicio oral (Artículo 5).

En el nuevo Código Procesal Penal, dichas posibilidades se han separado y han sido normadas en distintos procedimientos. Constituyendo la primera uno de los procedimientos especiales y estando concebida la segunda como una fase previa al desarrollo del juicio oral en la etapa del enjuiciamiento en el proceso penal común. Por ello, es necesario distinguir el Proceso Especial de Terminación Anticipada que es la culminación anticipada durante la etapa preparatoria, normado en el Artículo 468 al 471 del Código y la Conclusión Anticipada del Juicio, que está prevista normativamente en el Artículo 372 del Código Procesal Penal, el mismo que permite el corte de la secuela del juicio oral, luego de haber-



se ya desarrollado las etapa preparatoria e intermedia, si el procesado se declara culpable del delito materia de acusación y acepta el pago de la reparación civil antes de procederse al enjuiciamiento.

La diferencia entre ambas figuras quedó explícita en la Resolución de fecha 21 de setiembre de 2004, de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N° 1766-2004, en el caso José Givaldo Da Silva

VI. EL PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

En este tema se ubica el proceso de colaboración eficaz en el contexto de los presupuestos fácticos de la criminalidad organizada, así como aprehender la naturaleza condicional de estos procesos sujetos a la prueba de la calidad y utilidad de la información; comprender los beneficios que obtiene el colaborador y quienes no pueden someterse a este procedimiento especial. Asimismo ubicar en qué momentos del procedimiento puede el imputado someterse a la colaboración eficaz.

1. El Proceso por Colaboración Eficaz

Es la expresión en el ámbito procesal del Derecho Penal premial a través del cual se otorga una suerte de premio estatal o de respuesta penal atenuada, precedida de una investigación policial sin mayor intervención del Ministerio Público, orientada a corroborar si la declaración del arrepentido es verdadera y útil para la investigación criminal.

Este tipo de procedimiento se ha venido usando en nuestro país en los asuntos de terrorismo o en los delitos vinculados a la macrocorrupción y está orientada a individualizar a los líderes de las organizaciones terroristas o de la criminalidad organizada y a precisar la naturaleza de los delitos perpetrados, buscando neutralizar y bloquear que se sigan materializando. Por su base inquisitiva privilegiada, puede y ha sido fuente de errores judiciales, porque de alguna manera constituye un mecanismo del Derecho Penal de Excepción. Sin embargo puede pasar a ser, en algunos contextos, el mecanismo principal de lucha contra la impunidad delictiva.

Este proceso se aplica conforme se ha señalado para delitos de especial relevancia que se perpetran enmarcados dentro de una organización criminal, a través de los cuales se llega a un acuerdo con el colaborador para obtener información de importancia que sea eficaz para enfrentar el delito, llegando a un acuerdo con éste sobre la pena a ser impuesta.

El Dr. César San Martín, citando al colombiano Francisco Sintura Varela, da cuenta que los principios de este procedimiento serían los de eficacia, proporcionalidad, condicionalidad, formalidad y oportunidad.

- La eficacia se refiere a que la colaboración brindada por el arrepentido tiene que ser útil, esto es, que la justicia como valor jurídico se preserve. Se busca la desarticulación o mengua de las organizaciones delictivas, la identificación y captura de sus miembros, la efectiva prevención de delitos o la disminución de sus consecuencias; la delación de copartícipes acompañada de pruebas eficaces de su responsabilidad, la identificación de fuentes de financiamiento e incautación de bienes y la entrega de instrumentos con los que se ha cometido el delito.
- La proporcionalidad apunta a que debe medirse con precisión el grado de colaboración con la justicia para tasar el beneficio penal que corresponde otorgar. Se requiere igualdad entre lo que se da y lo que se recibe como premio, debiéndose imponer una pena atenuada en función de la magnitud de la culpabilidad.
- La condicionalidad significa que los beneficios no deben tener vida propia o autónoma, porque si se da el incumplimiento de reglas específicas a las que se someten los arrepentidos, habrá revocación de éstos.
- La formalidad se refiere a que el procedimiento exige una manifestación expresa del imputado en el sentido de que desea acogerse a los beneficios de los arrepentidos. La colaboración debe ser producto de un diálogo con el Fiscal, de allí que en la Investigación Preliminar el aporte del arrepentido a la Policía o al Juez debe ser destacado. Si, en estas investigaciones, el aporte policial es destacado eso no significa que el Fiscal no dirija la estrategia de investigación.
- La oportunidad se refiere a que el procedimiento de colaboración eficaz debe iniciarse tanto cuando el colaborador está procesado como condenado, incluso antes, si estuviere siendo sometido a una Investigación Preliminar.

El Dr. Pablo Sánchez Velarde, aparte de los principios ya señalados añade dos que son trascendentes:

- El primero se refiere a la comprobación de toda la información obtenida del colaborador, la que debe ser verificada por la autoridad fiscal. No resulta suficiente que se incorpore lo dicho a la investigación penal, sino que se requiere comprobar las afirmaciones del



colaborador, con elementos probatorios objetivos o con los datos de personas, lugares o documentos que lo permitan. El procedimiento de verificación corre a cargo de la autoridad fiscal y para ello se requiere el apoyo de la autoridad policial.

- El segundo principio se refiere al control judicial porque si bien es cierto toda esta tramitación es dirigida por el Fiscal, resulta imprescindible la aprobación judicial.

Los beneficios a favor del colaborador, que ya se establecieron en la Ley 27378, son la exención de la pena, la disminución de esta hasta un medio por debajo del mínimo legal, la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena o la liberación condicional. Incluso, la remisión de la pena para el colaborador que se encuentra purgando pena por otro delito.

No pueden acogerse a ella los jefes o dirigentes de las organizaciones criminales ni los altos funcionarios con prerrogativa de acusación constitucional. Tampoco los agentes de los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. Ello incluye a los autores mediatos así como a quienes obtuvieron beneficios como arrepentidos y reincidieron nuevamente en delito de terrorismo.

El artículo 475 del CPP establece que las diligencias previas a la Colaboración Eficaz son principalmente las reuniones del Fiscal con el colaborador y su abogado, donde se llega a un primer acuerdo sobre la procedencia del beneficio.

El Fiscal puede optar por una etapa de corroboración en la cual contará con el aporte de la policía y se producirá un Informe Policial o por la preparación del Convenio Preparatorio. En éste se dejará constancia de la calidad de la información ofrecida, la naturaleza de los cargos y los beneficios a otorgarse. Ambos trámites concluyen en la elaboración del Acta de Colaboración Eficaz.

La normatividad procesal contempla dos supuestos de hecho:

- La colaboración durante la etapa de investigación del proceso donde el Fiscal propone un acuerdo de beneficios y colaboración ante el Juez de la Investigación Preparatoria, quien lo elevará ante el Juez Penal, el que en el término de cinco días podrá formular observaciones al contenido del acta y a la concesión de beneficios ordenando devolver lo actuado al Fiscal. Dicha Resolución es inimpugnable. El Fiscal podrá elevar un acta complementaria en el plazo de 10 días al Juez quien fijará una Audiencia Privada Especial en



la cual el Juez, el Fiscal, el Procurador Público y la defensa podrán interrogar al solicitante. Culminada dicha Audiencia Privada Especial se suscribe un Acta y, en el término de tres días, se expedirá el auto desaprobando el acuerdo, o la sentencia aprobándolo. El Procurador puede aprobar esta última.

- La colaboración durante las otras etapas del proceso contradictorio. Cuando el proceso de colaboración eficaz se inicia estando el proceso en el Juzgado penal antes del inicio del Juicio Oral el Fiscal, previa la verificación, remitirá los actuados al Juez Penal el que convocará una Audiencia Privada Especial actuando conforme a los mismos criterios fijados en el. Caso de que la colaboración se plantee en la etapa de investigación. Si la colaboración es posterior a la sentencia, el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, previa realización de la audiencia privada donde se fijarán los términos de la colaboración podrá conceder la remisión de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, conversión de pena privativa de libertad en multa, prestación de servicios o limitación de días libres.

En el caso Barrios Altos, tal como se describe en el Informe elaborado por el Dr. Wilfredo Pedraza, (Pag. 477 y ss.) se utilizó, en el sistema penal peruano, uno de los primeros casos de colaboración eficaz por el cual uno de los integrantes del Grupo Colina, bajo reserva de identidad, declara todas las incidencias del operativo montado por el Servicio de Inteligencia del Ejército para la perpetración de dicho asesinato, en el contexto de la confrontación entre el gobierno y los terroristas.

En la Sala Nacional Antiterrorista se han dado numerosos casos de colaboración eficaz, asimismo en las Salas Penales Especiales o anticorrupción, donde sujetos procesados por delitos de terrorismo o contra el patrimonio del estado y la administración pública, prefieren someterse al instituto de la colaboración eficaz para cortar la secuela de un dilatado proceso penal, optando por confesar su autoría y someterse a los beneficios en el sistema de penas que la colaboración conlleva.

En la mayor parte de estos delitos en los que existe pluralidad de agentes, consistencia organizativa y jerarquización de funciones, y muchas veces poder económico y/o político, la investigación penal se optimiza a partir del papel que despliegan los colaboradores eficaces. Sin embargo, siempre existe el riesgo de que dada la naturaleza de la normatividad procesal basada en el carácter premial al colaborador eficaz, que éste



pueda declarar hechos no veraces que parezcan verosímiles con la intención de beneficiarse personalmente.

VII. EL PROCESO POR FALTAS

En este tema se busca entender la naturaleza del proceso de Faltas, su relevancia político criminal, evaluar su necesidad en función del estado del procedimiento actual, precisar el carácter facultativo de la decisión judicial de indagación policial previa, la naturaleza de la audiencia y la posibilidad de impugnación.

1. El Proceso por Faltas

Según el tratadista Gimeno Sendra, a contracorriente de posiciones doctrinarias arraigadas, el "juicio de faltas" no está informado por el *principio inquisitivo* sino por el *acusatorio* en tanto que el derecho del ciudadano al conocimiento previo de la acusación y a un procedimiento con todas las garantías puede ser aplicado en el proceso por faltas con facilidad. En algunos sistemas como el español se exime de la firma de abogado y de la necesidad del procurador en los juicios de faltas.

Anteriormente se distinguía en dicha normatividad las faltas públicas de las semipúblicas, siendo estas últimas aquellas que requerían previamente la denuncia del ofendido. En estos procesos, el Fiscal puede prescindir de acudir a las actuaciones procediéndose de acuerdo a Instrucciones de defensa de los supuestos de protección, o de interés público.

El artículo 482 del CPP establece que los Jueces de Paz Letrado conocerán los casos de faltas y donde éstos no existan lo harán los Jueces de Paz no letrados, siendo el recurso de apelación del ámbito de competencia del Juez Penal.

El agraviado puede denunciar ante la policía o directamente ante el Juez quien, de considerarlo necesario, ordenará una indagación previa policial. Recibido el Informe Policial, el Juez ordenará el auto de citación a juicio si considera que existe la falta, la acción no ha prescrito y existen indicios razonables de su perpetración, o puede ordenar el archivo de la denuncia, resolución que puede ser apelada ante el Juez Penal.

La audiencia puede celebrarse inmediatamente si concurren los sujetos procesales, no es necesaria su asistencia, o el imputado ha reconocido la falta. En otros casos se fijará la audiencia para la fecha más próxima.

Deberán acudir a la audiencia el imputado y su defensor, y, de ser posible, el querellante y su defensor. De no tener abogado el denunciado, se le nombrará uno de oficio. Las partes pueden hacer valer medios probatorios.

Luego de hacer una breve relación de los cargos, el Juez intentará la conciliación y la celebración de un acuerdo de reparación. Si esta se produce concluye el proceso, en caso contrario, se preguntará al imputado si admite su culpabilidad, si éste lo hace y ya no se requirieran nuevos medios de prueba, el Juez dictará el fallo inmediatamente sin debate previo. La sentencia puede pronunciarse verbalmente y se protocolizará por escrito en dos días.

Si el imputado no admite los cargos, se le interrogará en primer lugar a él y luego a la persona ofendida y se actuarán las pruebas con brevedad y simpleza.

La audiencia será de una sola sesión pudiendo suspenderse máximo por tres días, de oficio o a pedido de parte, cuando sea imprescindible la actuación de un medio probatorio. Escuchados los alegatos orales, el Juez dictará sentencia en ese acto o dentro de tercer día.

En este proceso solo podrá dictarse mandato de comparecencia. Si el imputado no se presenta voluntariamente a la audiencia se le hará comparecer por medio de la fuerza pública y se puede ordenar su prisión preventiva hasta que se realice la audiencia.

Contra la sentencia procede interponer recurso de apelación para que la causa sea elevada al Juez Penal quien resolverá en el plazo improrrogable de diez días, salvo que sea necesaria la actuación de nueva prueba. La sentencia del Juez Penal es inimpugnable. Como ya se ha anotado, en cualquier estado de la causa, el querellañte puede transigir o desistirse del proceso.

Pareciera que la utilidad más notoria que puede tener el proceso de faltas estará relacionada al enjuiciamiento del maltrato físico o psicológico en relaciones de pareja, o en los injustos patrimoniales de bagatela. En el primer ámbito, en la actualidad, se somete los casos de maltrato a la jurisdicción de Jueces de Paz Letrados, pero el trámite sigue siendo tan dilatorio que muchas veces no se satisfacen ni el interés del procesado de resolver el asunto ius punitivo a la brevedad ni las expectativas de la víctima.

De hecho, la normatividad especializada en maltrato doméstico no ha sido eficiente en el ámbito de la ejecución de la pena, ni siquiera en el



de la optimización de las medidas preventivas contenidas en ella tales como la medida de retiro del agresor en forma transitoria o permanente de la unidad doméstica. Los escasos casos de suspensión de la cohabitación por mandato judicial son prueba de ello, por ejemplo, en la Resolución Judicial del 6 de junio de 1994 expedida por el Juez Andrés Villalobos se advierte, al analizar las consideraciones fácticas, que el primer retiro del agresor se produjo el 18 de julio de 1990 y el segundo el 11 de noviembre de 1993, en ambos casos, luego de haber agredido a su pareja, siendo la resolución que ordena la suspensión de la cohabitación recién de fecha 6 de junio de 1994, es decir, cuatro años después de la primera falta. Este tipo de situaciones se podrán enfrentar a través de un procedimiento definitivamente más breve y consecuentemente más eficaz.

Artículo 447. Requerimiento del Fiscal

1. *El Fiscal, sin perjuicio de solicitar las medidas de coerción que correspondan, se dirigirá al Juez de la Investigación Preparatoria formulando el requerimiento de proceso inmediato. El requerimiento se presentará luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria.*
2. *Se acompañará al requerimiento el expediente fiscal.*

Artículo 448. Resolución

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria, previo traslado al imputado y a los demás sujetos procesales por el plazo de tres días, decidirá directamente en igual plazo de tres días, si procede el proceso inmediato o si se rechaza el requerimiento fiscal. La resolución que se emita es apelable con efecto devolutivo.*
2. *Notificado el auto que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procederá a formular acusación, la cual 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.*
3. *De ser pertinente, antes de la formulación de la acusación, a pedido del imputado puede instarse la iniciación del proceso de terminación anticipada.*
4. *Notificado el auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dictará la Disposición que corresponda disponiendo la formalización o la continuación de la Investigación Preparatoria.*

SECCIÓN II

EL PROCESO POR RAZÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

COMENTARIO:

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*

MARCO NORMATIVO:

- Código Procesal Penal de 2004 (en vacatio legis): artículos 1.3, IX, 138, 202 al 213, 393 y 395.

* Catedrático en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.



1. Debe parecer un poco extraña, novedosa y quizás sugestiva la afirmación de que un Código de normas jurídicas que regula los procedimientos que dan cuenta de la justicia penal sea presentado como un sistema de normas en lucha contra la corrupción, a lo que hay que agregar, de gran eficacia si es que no se desnaturalizan los enunciados normativos y las prácticas procesales que contiene el Código Procesal Penal hace ya dos años promulgado.

Expliquémonos, punto por punto.

2. En la historia codificadora del Perú, la legislación procesal penal sistemática (partiendo con el Código de Enjuiciamientos en Materia Penal de 1863, pasando por el atractivo Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 para concluir en el de Procedimientos Penales de 1940, que actualmente rige y todavía lo hará por un corto (históricamente), pero intensamente amplio lapso de casi siete años, según lo ha sugerido la Comisión Especial de Implementación, y decretado el Poder Ejecutivo a través del Decreto Supremo N° 007-2006-JUS, luego de una objetable postergación), siempre ha sido inspirada y, en tal concepción, diseñada técnico-legislativamente bajo el convencimiento de constituir un cuerpo orgánico de normas adjetivas destinadas a servir de cauce o escenario para que se concreten las normas sustantivas del Código Penal y leyes penales especiales, en la búsqueda de la verdad procesal acerca de la consumación o tentativa del delito y de la responsabilidad penal del agente o agentes culpables (autores y partícipes), vale decir, en íntima dependencia del Derecho Penal material.

Por lo mismo, es extraña, y hasta puede ser a primera vista extravagante, la tesis que sostiene que el Código Procesal Penal promulgado en julio de 2004 constituye no solo un conjunto de normas para buscar la verdad procesal, viabilizando el derecho sustantivo sino y, allí lo singular de la idea, que por su naturaleza sistémica y las características de sus instituciones, sea de por sí una poderosa propuesta normativa desactivadora de los mecanismos de corrupción que existen al interior del sistema de la Administración de Justicia jurisdiccional y que propician y reproducen extensiva e intensivamente prácticas corruptas y lo que es quizás peor posibilitan el engranaje con el crimen organizado.

3. Chocan contra esta perspectiva de enfoque diferentes argumentos:
 - a) Por definición, son los tipos penales especiales del Código Penal, específicamente los delitos de corrupción o de crimen organizado asociados a la corrupción, igualmente los delitos que comprome-



ten manejo de fondos públicos, los que usualmente dan cuenta de esta lucha oficial;

- b) Los ritos procedimentales son el escenario en los cuales se desenvuelve esta lucha, a la par que el combate a la delincuencia en general; pero no constituyen en realidad medios de lucha directos contra la corrupción;
- c) Existe ya una extensa red de dispositivos normativos que han creado instituciones oficiales y oficiosas para dicha lucha, así como se han implementado una serie de mecanismos de respuesta tanto a nivel policial, en las fiscalías como en el Poder Judicial, al igual que en los sectores administrativos de control, que reconducen en forma ex profesa la respuesta frente a los actos de corrupción y las prácticas corruptas, es más se ha desplegado todo una serie de políticas y planes estratégicos de lucha anticorrupción.

El Código Procesal no puede ser el instrumento jurídico adecuado para una lucha eficaz contra las diversas manifestaciones de la corrupción.

- 4. Por cierto hay bastante de acertado en las citadas críticas y hesitaciones si es que tratamos de absolutizar el rol anticorrupción del que se halla investido el Código Procesal Penal y no precisamos la naturaleza original y los alcances de esta novedosa misión profiláctica de dicho Código. Es correcto afirmar que el Código Procesal no ha sido concebido legislativamente en tanto conjunto normativo anticorrupción, sostener lo contrario sería inargumentable, pues efectivamente el ordenamiento normativo ha reservado ámbitos específicos de regulación para tales efectos, asimismo, ha desplegado una serie de esfuerzos de política y de participación múltiple, más aún se ha adherido a políticas macro de combate a la corrupción (Convención Interamericana de Caracas 1996, Convención Contra el Crimen Organizado de Palermo 2000; Convención de las Naciones Unidas de México 2003).
- 5. No se está señalando además que el Código Procesal Penal haya perdido su carácter instrumentalizador, ni su perfil de autonomía funcional en tanto buscador de la verdad a través del proceso, además de otras características que le vinculan con las normas sustantivas, sino que por primera vez en la historia legislativa nacional, al haberse optado por un sistema acusatorio de celeridad y garantías se ha asumido un modelo procesal que, en todos los momentos del desarrollo de la imputación penal, presenta imperativamente reguladores de la conducta funcional

de los operadores del sistema conforme a los fines del proceso penal, o mejor aún imposibilita la entrada en juego de mecanismos de corrupción que el Código de Procedimientos Penales con sus indeterminaciones, vacíos y ulteriores socavamientos da lugar, y más aún la práctica policial, fiscal y judicial en todas sus instancias y niveles ha contribuido a formar y consolidar en una apabullante, extendida e insoportable muestra de cómo pueden las cosas degenerar hasta un punto abisal del cual no es ya posible salir bajo las reglas de la ortodoxia y el discurso tradicional de la lucha anticorrupción que enfatiza los aspectos éticos del funcionario y de la Administración Pública.

6. La novedad radica así no en el dato que el Código Procesal Penal o las partes más importantes de este sean instrumentos de lucha contra la corrupción sino en el hecho que posibilitan desmontar la mayor parte, sino todos los mecanismos propiciadores de corrupción que arrastra el sistema de la Administración de Justicia y que se notarán con la fuerza de la insoportabilidad y deslegitimación en lo que va de estas dos últimas décadas, pese a que el problema se viene arrastrando desde la entrada en vigencia del Código de Procedimientos Penales y probablemente se retrotraiga a toda la historia republicana regulada por la legislación procedimental penal.

Esto es, la existencia del sistema procesal inquisitivo (eufemísticamente, y con retoques, en el Perú denominado mixto) con sus características principales de reserva, en la práctica secreta, de la investigación, ausencia total de transparencia, avasallamiento de la función de la defensa del procesado, ausencia efectiva de oralidad; concentración absoluta del poder en el juez, a la par que por el fiscal, que permite una discrecionalidad irracional en el manejo de los plazos de la instrucción, las detenciones, las audiencias y sentencias (por parte del juez), y de los dictámenes (por parte del fiscal), ha generado una sistemática y secuenciada red de mecanismos generadores de corrupción.

7. La naturaleza y alcances del rol anticorrupción del Código Procesal Penal se centra así en el Sector de la Administración de la Justicia Penal. No tiene en los actos de corrupción su razón de ser ni en la lucha frontal contra la delincuencia funcional, sino en la cancelación de las oportunidades o momentos de incurrir en actos de corrupción.

Desde una perspectiva estrictamente normativa, la atención del Código Procesal no está puesta en los actos en sentido amplio de corrupción (cohechos, peculados, colusiones defraudatorias, enriquecimiento ilícito-



to, etc.), sino en las singulares configuraciones procedimentales reguladas o discrecionales que lo hacen posible, es decir, en los mecanismos procedimentales, prácticas jurisprudenciales, en las costumbres rituales de los operadores de la Administración de la Justicia Penal.

La corrupción más que una cuestión de actitud o propensión humana, más que una pérdida de valores positivos, vulnerabilidades personales, o un aprovechamiento de las cuotas de poder poseídas para el enriquecimiento personal o de grupo con detrimento de los valores que sustentan la Administración Pública, es vista como una cuestión de oportunidades ya presentes en la norma procedimental vigente, en las prácticas discrecionales, en los usos y estilos de la actividad policial, fiscal y judicial y también forense.

No se trata de que el Código Procesal Penal permita desmontar los mecanismos que propician corrupción en los diversos sectores de la Administración Pública, plantear ello, sería absurdo, sus alcances están circunscritos al ámbito del sistema de la Administración de Justicia.

8. Al hablar de los mecanismos de corrupción, los que pueden estar presentes en toda las reparticiones públicas y por lo mismo en la normativa que regula las funciones y servicios públicos, hay que puntualizar que con dicha frase se está haciendo mención a toda regulación administrativa no razonable (trabas burocráticas, altos costos administrativos) que colisiona con los fines de la función o servicio público, a la ausencia de regulación cuando debió existir ella (deber de transparencia de los actos de la Administración Pública, prohibición de ocultismo) o a las facultades discrecionales configuradas irracionalmente que desnaturalizan los cometidos funcionales (plazos excesivos en la decisión de las causas, omisión o desinterés de tomar contacto directo el fiscal con el procesado).

Por ejemplo, cuando una señal de tránsito colocada en la autopista, sin que existan las limitantes de zona habitada, cercanía de curvas, declives u otra razón válida, establece en 60 kilómetros la velocidad máxima, está jugando el papel de un mecanismo propiciador de corrupción, pues su carencia de razonabilidad la hará fácilmente desobedecida por los conductores que se conducen por dicha vía de acceso rápido, lo que propiciará arreglos malhadados entre la policía y el conductor. Cuando la norma procedimental no regula el deber fiscal de notificar los dictámenes a las partes, se está presentando un mecanismo de corrupción. Cuando la Sala Penal Suprema (que ve la causa y la deja al voto) emite la ejecutoria después de dos o cinco meses, con esta forma de emitir



decisión final, se están articulando mecanismos de corrupción, pues tales anomalías propician el libre juego de prácticas incompatibles con la imparcialidad judicial y el correcto desempeño del personal auxiliar.

9. Los mecanismos de corrupción no son propiamente actos de corrupción, lo que explica que no se hallen considerados como prácticas delictivas y que tengan varios de ellos el estatus de irregularidades administrativas o de situaciones no deseadas, criticadas por la generalidad de personas, pero aceptadas o toleradas con base a diversidad de argumentos (no hay norma que obligue actuar de otra forma, excesiva carga de trabajo, no se puede hacer otra cosa, así es el sistema, etc.).

Así, a modo de ejemplo, a nivel policial, el no exponer abiertamente las causas o motivos de la citación al imputado a dar declaración, permitiéndole con entera libertad la lectura de la denuncia y de las manifestaciones o de los medios de prueba en su contra, constituye un componente inquisitivo oscurantista que posibilita arreglos para acceder a dicha información. Igualmente, la anómala práctica de retener el expediente, por parte del fiscal hasta el día del vencimiento del plazo, pese a haber sido posible y exigible que lo remita en el día o en el término prudencial que la naturaleza de las cosas lo permite.

Los mecanismos de corrupción propician, hacen posible, viabilizan con especial profusión y eficacia los actos de corrupción, al superar contrafacticamente, o ilegalmente, en la práctica, una anomalía o vicio del procedimiento que no debió de existir ni concurrir.

10. No es argumentable deducir de esto que todo mecanismo, de por sí propiciador de corrupción, lleva inexorablemente a los actos de corrupción, ello sería por demás aventurado y desatinadamente incorrecto, no existe aquí una relación de causa a efecto, dado que la etiología de la corrupción delictiva puede presentarse inclusive en ausencia de mecanismos facilitadores, lo que es apreciable en los casos altamente significativos de corrupción o en aquellos asociados al crimen organizado, en los que el funcionario delinque desde puestos claves de poder.

La integridad del funcionario, la diligencia, objetividad e imparcialidad con que conduce los asuntos de su competencia constituyen pautas de corrección que alejan la corrupción, así como la formación y competencia profesional alejan el error. Cabe notar que los actos de corrupción imputables al entorno conformado por los servidores que trabajan con el funcionario proliferan en situaciones de desorden, lentitud, oscuran-



tismo e incompetencia, lo que encaja perfectamente con la tesis de los mecanismos propiciadores de corrupción.

11. La característica de no estar desvaloradas penalmente o puntualizadas administrativamente, en tanto deficiencias o irregularidades necesitadas de superación, explica que casi nunca hayan merecido la atención del discurso anticorrupción.

En efecto, las estrategias de dicho discurso han enfatizado más el aspecto ético del problema o han profundizado los criterios del costo-beneficio que suponen los actos corruptos, esbozando líneas de acción que han pugnado por fortalecer valores positivos en los funcionarios y servidores públicos o han incrementado las penas a los delitos de corrupción a fin de anular la posibilidad de penas benignas o decisiones (cautelares o de fondo) sin pena efectiva.

Por otro lado, la labor preventiva en vías administrativas de control tampoco han destacado esta perspectiva de desmontaje de los mecanismos de corrupción en la medida que los han asumido como parte del sistema de cosas (evalúese las respuestas de la OCMA y las ODICMA ante las numerosas quejas por la lentitud y demora de los jueces para sustanciar los casos).

12. El diseño normativo establecido en el Código de Procedimientos Penales y en las leyes que regulan los procesos sumarios son ejemplos paradigmáticos que proveen una apabullante gama de mecanismos de corrupción, frente a los cuales choca, rebota o resbala cualquier política de enfrentamiento al interior del sistema de la Administración de Justicia, y que los policías, fiscales y jueces se han encargado de administrar ritualistamente sin evidenciar mayor muestra de asombro e indignación por tal estado de cosas.

Se han realizado notables esfuerzos sectoriales, aunque no públicamente manifiestos, en los que se hace un recojo interno y evaluación de las innumerables deficiencias, vacíos, prácticas anómalas, usos y costumbres incompatibles con el cometido de la función, que hacen posible los actos de corrupción, sin que a partir de ellos se hayan adoptado decisiones propositivas para revertir dicho estado de cosas, salvo contadas y puntuales excepciones. Mecanismos que son de dominio de todos quienes interactúan ya como involucrados directos (procesados, víctimas, abogados) o como operadores oficiales (policías dedicados a la investigación del delito, fiscales, jueces, y personal auxiliar), pero que no han podido ser dimensionados en su rol gestor de actos corruptos.



13. Una de las mayores novedades del Código Procesal Penal peruano de 2004 es justamente su poder legal para dar, por finiquitados, la gran mayoría de mecanismos propiciadores de corrupción que el procedimiento penal, desde la fase policial hasta las Salas de la Corte Suprema, exhibe con la actual y vigente normativa del Código de Procedimientos Penales y leyes procesales especiales. De esta característica esencial del nuevo Código, no se tuvo oportunidad de tomar conciencia en los trabajos de diseño y elaboración por parte de los integrantes de la Comisión de Alto Nivel que trabajó el Código Procesal Penal de 2004.

Por lo demás ni en la escueta exposición de motivos ni en los trabajos ulteriores de los comentaristas (que los hay ya un buen número) se ha llegado a dar cuenta de esta singularidad. Se había pergeñado un cuerpo jurídico viabilizador de la justicia penal sin dimensionar la importancia práctica que este hijo privilegiado había llegado a adquirir vistas de cara al combate de la corrupción. Un mérito más a la novedad que supone implementar un Código que transforma el modelo procesal, que instaura nuevos ritos, que esparce transparencia de principio a fin, que brinda esperanzas cifradas en el cambio radical. Los frutos que habrá de recogerse en esta esperanzada expectativa de mejora y cambio radical, se optimizarán con el perfeccionamiento de la normativa, producto de las deficiencias que se adviertan o deriven de la aplicación parcial y progresiva del Código, al igual que de la aplicación generalizada en los supuestos procesales que han sido así determinados por la ley.

14. El desmontaje de los mecanismos propiciadores de corrupción que exhibe el actual sistema procesal inquisitivo que hoy nos rige, se inicia con el principio de transparencia que es puerta de ingreso y principio básico del nuevo modelo acusatorio profesionalizado y de garantías que nos trae el Código Procesal Penal de 2004. Con base a ella, regla obligada de conducción del procedimiento penal, la reserva es la excepción ya no la constante en el curso de la investigación de los hechos delictuosos denunciados.

La transparencia de las actuaciones opera tanto en sede policial y fiscal como en las instancias judiciales. El procesado tiene derecho a conocer con precisión y claridad las razones jurídicas y fácticas que le atribuyen la calidad de imputado o investigado; las partes tienen derecho a tener copia de sus declaraciones y de los actuados que se practiquen en la investigación. Ni la policía ni el fiscal pueden escudarse en la inquisitorial frase "la investigación es reservada" (manido, lamentable e inconsistente argumento que es formulado hoy en todas



las dependencias policiales y judiciales para negar este derecho de las partes a monitorear y seguir el curso de la investigación que les involucra y compromete, salvo honrosas excepciones). Con ello se quiebra el manejo monopólico de la información por parte de los órganos oficiales de la investigación del delito (Policía Nacional y fiscalías penales, los juzgados en el sistema acusatorio dejan de tener facultades de investigación o instrucción), lo que democratiza el procedimiento, desconcentra poder y por lo mismo desmonta un mecanismo propiciador de corrupción.

La transparencia juega así un rol tutelar tanto en las indagaciones preliminares como en la investigación preparatoria, generando confianza y restableciendo la credibilidad de la ciudadanía en las reglas claras que debe proyectar la justicia penal a través del proceso. Su importancia se mantiene en la etapa del juzgamiento y las impugnaciones, no obstante, que ya no sea un derecho a tutelar, pues por definición en la etapa del juicio oral se halla garantizada por la lógica misma de la oralidad, la confrontación de argumentos y el control de los medios de prueba por las partes.

La transparencia no está regulada expresamente en el Título Preliminar del Código Procesal Penal como principio o regla de juego de la investigación y del proceso penal en general, pero su existencia directriz se halla esencialmente implícita en los principios de igualdad procesal y derecho de defensa (artículos I.3 y IX respectivamente), pues sin ella no hay posibilidad de sistema acusatorio moderno, derivándose igualmente vía interpretación de la serie de instituciones normativas contempladas en el Código Procesal Penal. La presencia del artículo 138 de dicho Código resulta de una importancia capital, para darle sustento normativo ordinario a la transparencia, establecer sus alcances y necesarias limitaciones externas. La aplicación de este principio implicará haber superado el oscurantismo de las prácticas de la investigación del delito, la erradicación del secreto en el manejo de la información, el monopolio y la tiranía de la concentración del poder, la desaparición del tráfico de la información.

15. La oralidad y la igualdad de armas juegan igualmente un papel de importancia trascendental en la desarticulación y desmontaje de los mecanismos promotores de corrupción, al hacer depender de la argumentación y contra argumentación el éxito de la defensa y no del manejo a discreción del expediente, de las concertaciones dolosas o influencias extrajurídicas.



Al desterrarse los procesos sumarios (culto a la irracionalidad y extrapolación de los sistemas inquisitoriales a las prácticas procedimentales mayoritarias de la justicia penal peruana) con sus secuelas de autoritarismo judicial y oscurantismo probatorio se supera eficazmente un núcleo duro de circunstancias que se prestan a situaciones de dudosa objetividad e imparcialidad.

Al ser el fiscal una parte en el proceso (etapa intermedia y juzgamiento) que tendrá que, al igual que la defensa del procesado, en igualdad de condiciones o quizás con las mismas dificultades, convencer al juez con argumentos expuestos oralmente y con la fuerza de las razones probatorias, se colige de ello que su poder de influencia decae proporcionalmente a la capacidad de convencimiento y persuasión de sus razones. La emisión de los dictámenes sin posibilidad de contradicción, ni de escuchar al procesado, se convierten en cosas del pasado vergonzante del sistema inquisitivo, al perder existencia legal.

La tiranía del expediente principal y de los expedientillos incidentales que han marcado, por largas décadas, la historia y la vía crucis de los litigantes al decaer en importancia el primero hasta convertirse en actas, y desaparecer los segundos, marca el fin de una época signada por infinidad de corruptelas.

El régimen de audiencia para dilucidar vía debate y decisión inmediata la serie de peticiones de las partes: acusación o sobreseimientos formulados por el fiscal, excepciones, impugnaciones diversas, medidas coercitivas, libertades provisionales, desestabiliza y corta de raíz las facultades monopólicas del juez para decidir las a puerta cerrada, al ser sometidas dichas cuestiones al escrutinio público y la fuerza de las argumentaciones. La dualidad del poder que integran fiscal y juez, decisiva para tales casos en el sistema inquisitivo, se rompe para democratizar la decisión, la cual siempre deberá estar suficientemente motivada en el mejor argumento. Como es obvio, múltiples mecanismos propiciadores de corrupción decaen automáticamente, al desaparecer las altas cuotas de poder concentradas en el juez.

La igualdad procesal entre las partes contendientes, la cual se aprecia con toda nitidez en la etapa intermedia y en el juzgamiento, con el allanamiento de las dificultades o por lo menos la igualdad de condiciones para el debate y la confrontación de posiciones entre defensa del procesado y el fiscal (abogado de la sociedad), al establecer la paridad de estatus, posibilita desmontar los privilegios que se derivan del estatus oficial del fiscal frente al abogado de la defensa y elimina



la búsqueda de favores o ventajas frente al juez para equilibrar dicha desigualdad de armas.

El principio de objetividad que el Código Procesal Penal establece como norma rectora de la actividad funcional del fiscal en lo penal a lo largo de todo el proceso penal, incluyendo la fase de las indagaciones preliminares, preserva el caso de las negligencias, subjetivismos u omisiones en las que pueda incurrir el representante del Ministerio Público, quien está obligado por ley a destacar lo que le favorezca al procesado, cuando producto de la investigación que realiza detecte elementos de atipicidad, autorizaciones legales para cometer conductas típicas (ausencia de antijuridicidad), o mínima culpabilidad.

El fiscal no puede omitir o desatender estas circunstancias, tiene que asumirlas de oficio para archivar las investigaciones preliminares o para solicitar al juez el sobreseimiento de la causa a dilucidarse en régimen de audiencia. El fiscal, una vez que ha tomado conocimiento de la presencia de alguna causal de archivamiento, no debe esperar que dicha petición le sea planteada por el procesado, lo que supondría una inactividad objetable. Los asistentes y fiscales adjuntos tienen aquí una tarea de primer orden a fin de filtrar la relevancia procesal y sustantiva de la situación jurídica del procesado, quien no está obligado a solicitar dicho archivamiento, para que recién se active esta conducta funcional del fiscal.

Al haber la norma procesal establecido en forma expresa y en toda circunstancia para el fiscal penal el deber de objetividad quiebra igualmente de omisiones, negligencias, insensibilidades, exceso de aprensiones o prejuiciamientos en defensa de la sociedad, que pueden generar mecanismos propiciadores de corrupción. Deber de objetividad que incluso se aprecia en la fase del juzgamiento, cuando la ley le obliga a retirar su acusación de considerar (el fiscal) que los cargos han sido enervados en el juicio. Principio que igualmente le preserva al fiscal de ocasionar con su conducta perjuicios o desigualdades para con los intereses de la víctima, a la que defiende formalmente.

El nuevo despacho fiscal tiene, en el deber de objetividad, uno de los ejes rectores para su reconfiguración con perspectiva a los nuevos retos de profesionalismo que le plantea el sistema acusatorio.

16. El régimen de audiencia única y continua hasta su culminación en juzgamiento, que concentra los alegatos preliminares, la incorporación excepcional de nuevos medios de prueba, el examen del acusado, de los



testigos y peritos, propicia el contrainterrogatorio, el análisis de la prueba material, la oralización de la prueba documental, la argumentación y contraargumentación a través de los alegatos de las partes y que finaliza con la autodefensa del procesado, constituye el escenario estelar del proceso penal en el cual se aprecia en toda su magnificencia o debilidad las bondades de la oralidad, contradicción, publicidad y el carácter adversarial que en tanto piezas vitales dan vida al sistema acusatorio, y se presenta en un poderoso mecanismo positivo para desarticular los conciliábulos, tráfico de influencias, cohechos etc., que suscita el régimen de audiencia múltiple, actualmente vigente con la normativa del Código de Procedimientos Penales.

Al haber establecido la ley procesal penal que la audiencia se desarrolla en forma continua y concentrada (pudiendo realizarse en sesiones sucesivas) se supera la absurda práctica de las audiencias cortadas intermitentes y periódicas que rige el actual sistema de juicio en el Perú, que por su absoluta irracionalidad convierte en un sarcasmo los contradictorios que se suscitan en su sede, dado que es una parodia considerar diez audiencias que, en siete días, pueden llegar a setenta practicadas para retomar al hilo conductor de la primera audiencia cortada, con el consiguiente avasallamiento de la inmediatez, anulación de la coherencia y razonabilidad del juicio.

La audiencia diferida y múltiple es un mecanismo corrosivo, no del sistema acusatorio, pues es absolutamente contradictorio a su naturaleza, sino de los mínimos básicos del denominado "sistema procesal penal mixto", ya que al aplicarse el Código gradualmente por distritos judiciales, seguirá imperando en la mayoría de distritos judiciales, cada vez con menor gravitación por cierto, con sus letales efectos de deslegitimación de una justicia penal que decide con base al atestado policial, la lectura de las declaraciones y las instructivas, de vez en cuando de la lectura y análisis documental de medios de prueba. Cuadro esencial de deficiencias que necesita ser superado sin necesidad de esperar aún la vigencia total del Código Procesal, que en el calendario oficial deberá producirse en el año 2012 cuando Lima sea la depositaria final de las bondades del sistema acusatorio.

17. La inmediatez entre alegatos finales, deliberación y fallo, es a no dudarlo el más poderoso antídoto para cortar ese discrecional y muchas veces arbitrario lapso indeterminado de meses o semanas que se toman lo jueces para decidir las causas penales. No tiene el más mínimo rasgo de logicidad ni de argumentación razonable diferir el voto de las causas



luego de escuchados los alegatos finales de los abogados, de haberse evaluado los medios de prueba y de haber estado en intermediación objetiva y subjetiva los jueces con los sujetos y la prueba.

El argumento del exceso de carga procesal es aquí deleznable, para la lógica de funcionamiento que plantea el Código Procesal, al encontrarnos en el momento final en el que solo la cultura de la inercia, de la postergación, del improntus inquisitorial, y, de cuando en cuando, inconfesables finalidades, explica esta aberrante práctica judicial. Y es que justamente en este momento, en este punto en la historia del proceso penal es aquel en que la judicatura se halla en la mejor ocasión y la mayor oportunidad para decidir y dictar el fallo, no cuando han pasado los meses y solo queda un neblinoso recuerdo de los argumentos y de la evaluación de los medios de prueba, no habiendo más remedio que acudir al expediente y leer las actas de la audiencia, es decir, regresar al imperio de lo inquisitivo. La remisión de la causa al voto de las calendas griegas expresa el desprecio absoluto al sentido informante del sistema acusatorio, es retornar a las oscuridades de la inquisición. El distanciamiento entre alegatos finales, deliberación y fallo es la muestra más obstinada de la presencia y permanencia de un significativo mecanismo procedimental propiciador de corrupción en el que pueden incurrir los jueces como el personal asistencial, al exhibir un espacio de notables vulnerabilidades para los arreglos, la venta de información, el cambio de considerandos, modificaciones de fallo, y por el efecto mismo de la postergación que abona el paso del tiempo para las prescripciones o su secuela para declarar o cancelar derechos.

El Código Procesal hace de la deliberación y dictado de sentencia una secuencia de actos sin interrupción temporal, de modo que se conserve en la retención e internalización cognoscitiva de los jueces la intermediación de los debates, los resultados de la evaluación de los medios de prueba de conformidad con las reglas establecidas de la sana crítica, la lógica, los referentes científicos y las máximas de la experiencia (artículo 393. 2). Como regula el artículo 395, inmediatamente después de la deliberación, la sentencia será redactada por el juez o el director de debate, según el caso. Deliberación que acontece al finalizar el juzgamiento cuando se declara cerrado el debate y que no podrá exceder de dos días (casos normales) o cuatro días (casos complejos), bajo responsabilidad administrativa.

18. El cumplimiento estricto de los plazos procesales. El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, el único que intentó poner



en vigencia determinados postulados acusatorios en el Perú, tenía en su artículo sexto la siguiente regulación “Los plazos señalado en este Código se consideran fatales; solo pueden ser prorrogados cuando expresamente lo consigna la ley. Incurren en responsabilidad todos los funcionarios judiciales y del Ministerio Fiscal que no se sometan rigurosamente a ellos”. Cuan sabia y urgente resulta hoy esta estipulación normativa, hartamente legitimada cuando fue dictada, reputada de inaplicable con el actual estado de carga procesal de los despachos fiscales y judiciales, y sin embargo, tan necesaria con la nueva realidad que configurará el nuevo Código Procesal Penal.

Los plazos establecidos en la ley deben de cumplirse escrupulosamente bajo el principio de razonabilidad, esto es, no esperando que llegue a término el último día hábil del plazo para realizar el acto o diligencia sino con la mayor prontitud y celeridad que el caso y la naturaleza de las cosas posibilita. El sistema acusatorio peruano brinda una lógica distinta para hacer funcionales y reales los plazos así como una serie de filtros procedimentales y mecanismos alternativos para hacer del despacho fiscal y judicial el escenario esperado para hacer realidad esta cara idea del cumplimiento de los plazos procesales. La perversión de estos, con su consiguiente desnaturalización, es un poderoso mecanismo propiciador de corrupción, tanto para alargar innecesariamente los procesos tras la búsqueda de la prescripción de la acción penal como para posibilitar cálculos de diversa ralea que contaminan el proceso penal.

19. Las medidas alternativas de terminación anticipada del proceso, que dejan en las partes la decisión de continuar o acabar la causa penal, las que pueden ser planteadas (y aprobadas por el juez) incluso en la etapa de la investigación preparatoria o al inicio de la audiencia del juicio oral, se presenta como una atractiva propuesta de negociación entre fiscal, procesado y víctima a fin de no transitar por los cauces normales del procedimiento penal y por lo mismo de evitarse las innumerables desventajas en tiempo, dinero y estigmatización que ello supone. Con lo cual se obtiene también inmejorables estándares para evitar incurrir en actos propiciadores de corrupción.
20. Policías, fiscales y jueces han vivido en el Perú, desplegando sus atribuciones, cumpliendo el cometido de sus funciones bajo la idea que sus prácticas procedimentales eran las únicas y que estas eran legítimas. El Código Procesal Penal les abre los ojos a otra realidad, devela el marco de ceguera que por siglos y décadas ha exhibido la justicia penal peruana, les permite legitimarse socialmente con la plausible idea de que, en



un futuro cercano, los jueces penales peruanos sean objeto de recuerdo en el colectivo social, por su elevada formación profesional, sabiduría y entereza moral, de modo que no sigan el curso del más lapidario olvido de la historia.

Es sintomático que en la historia peruana no se recuerde ni se rememore los actos laudables de un juez penal, a diferencia de lo que acontece en otras judicaturas nacionales, ¿es qué nunca hubo magistrados en lo penal con los pergaminos suficientes para ingresar a la historia de la jurisprudencia y la integridad ética? No lo creo, sí los hubo, sí los hay, el problema es que el sistema de endémica enfermedad de la Administración de la Justicia Penal en el Perú no permite consolidar estos ejemplos.

21. El sistema acusatorio es a no dudarlo el mejor antídoto contra la corrupción policial, fiscal, judicial y forense en general, es la transformación superadora de las viejas prácticas inquisitoriales del Código de Procedimientos Penales. Sin embargo, sus frutos magníficos exigen de todos quienes intervienen, principal o accesoriamente en él, de nuevas actitudes, de propensiones positivas, de superación de taras e inercias depositadas por los largos siglos de irracionalidad inquisitiva en el Perú.

Nosotros no podemos darnos el lujo de afirmar que hemos vivenciado experiencias acusatorias de Administración de Justicia, de modo que podamos afirmar que el sistema acusatorio puede conducir a la primacía del desorden, que rompa el principio de autoridad, más aún, nuestro sistema acusatorio (el contenido en el Código Procesal de 2004) es aún tímido si queremos verlo desde la perspectiva comparada, necesita de mayores aguzamientos y perfeccionamientos como la práctica de su implementación lo demostrará.

Se requiere en esta orientación, en el marco de uno de sus factores de perfeccionamiento, de optar por un sistema mixto de jurados; el pueblo depositario de la soberanía en la administración de la justicia tiene que comenzar por el aprendizaje de la administración de la justicia, de modo que se concrete el enunciado constitucional de que la potestad de administrar justicia emana del pueblo (artículo 138), como asimismo de brindar una salida procedimental propia a la justicia comunal (artículo 149 de la Constitución Política) que sin desnaturalizarla establezca las líneas de contacto entre la justicia oficial y la consuetudinaria.

En realidad, el Código Procesal Penal de 2004 es un texto jurídico permeable a los mejoramientos, donde una lectura atenta de su normati-



va permitirá al lector identificar una variada gama de regulaciones que pueden ser optimizadas, incluso que debe ser corregida (véase, por ejemplo, la regulación sobre “búsqueda de prueba y restricción de derechos”, artículos 202 al 213).

22. El desmontaje de los mecanismos administrativos, procedimentales discrecionales o preordenados propiciadores de actos de corrupción en el ámbito de la Administración de Justicia Penal, naturalmente que preocupará a quienes siempre hicieron de la administración, de las cuotas de poder policial, fiscal o judicial vetas de ilegal provecho. Es también probable la irrupción de nuevas prácticas de corrupción ajustadas al nuevo modelo procesal, ello es posible, pero por las características del sistema acusatorio se tornarán de más difícil concreción.

Son naturales igualmente las resistencias al cambio, pero las ventajas de la implementación terminarán venciendo las naturales y primeras aprensiones. Se trata de abordar el sistema acusatorio con otras actitudes, con nuevas propensiones, positivas, proactivas. La capacitación es necesaria, pero no es suficiente garantía de éxito para obtener los frutos que prodiga el sistema acusatorio, se hace necesario un involucramiento personal, una porfiada confianza en la superioridad jurídica, de dicho sistema frente al inquisitivo y a los eufemismos de los sistemas procesales mixtos. Se hace impensable seguir manteniendo en el modelo acusatorio los obsoletos estilos de trabajo oscurantistas, negligentes, laxos, autoritarios, es decir, lo que propicia abusos, corrupción y deslegitimación.

TÍTULO I
EL PROCESO POR DELITOS DE FUNCIÓN ATRIBUIDOS A ALTOS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Artículo 449. Disposiciones aplicables

El proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo 99 de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por las reglas del proceso común, salvo las que se establecen en este Título.

Artículo 450. Reglas específicas para la incoación del proceso penal

- 1. La incoación de un proceso penal, en los supuestos del artículo anterior, requiere la previa interposición de una denuncia constitucional, en las condiciones establecidas por el Reglamento del Congreso y la Ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito o por los Congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso.*
- 2. El Fiscal de la Nación, en el plazo de cinco días de recibida la resolución acusatoria de contenido penal y los recaudos correspondientes, emitirá la correspondiente Disposición, mediante la cual formalizará la Investigación Preparatoria, se dirigirá a la Sala Penal de la Corte Suprema a fin de que nombre, entre sus miembros, al Vocal Supremo que actuará como Juez de la Investigación Preparatoria y a los integrantes de la Sala Pena Especial que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero, y designará a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de Investigación Preparatoria y de Enjuiciamiento.*
- 3. El Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria con los actuados remitidos por la Fiscalía de la Nación dictará, en igual plazo, auto motivado aprobando la formalización de la Investigación Preparatoria, con citación del Fiscal Supremo encargado y del imputado. La Disposición del Fiscal de la Nación y el auto del Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria respetarán los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación señalada en la resolución del Congreso.*
- 4. Notificado el auto aprobatorio del Vocal Supremo de la Investigación Preparatoria, el Fiscal Supremo designado asumirá la dirección de la investigación, disponiendo las diligencias que deban actuarse, sin perjuicio de solicitar al Vocal Supremo las medidas de coerción*



que correspondan y los demás actos que requieran intervención jurisdiccional.

5. *El cuestionamiento de la naturaleza delictiva de los hechos imputados o del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, así como lo relativo a la extinción de la acción penal podrá deducirse luego de formalizada y aprobada la continuación de la Investigación Preparatoria, mediante los medios de defensa técnicos previstos en este Código.*
6. *La necesidad de ampliar el objeto de la investigación por nuevos hechos delictivos cometidos por el Alto Funcionario en el ejercicio de sus funciones públicas, requiere resolución acusatoria del Congreso, a cuyo efecto el Fiscal de la Investigación Preparatoria se dirigirá al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional respectiva. Si de la investigación se advierte que la tipificación de los hechos es diferente a la señalada en la resolución acusatoria del Congreso, el Fiscal emitirá una Disposición al respecto y requerirá al Vocal de la Investigación Preparatoria emita la resolución aprobatoria correspondiente, quien se pronunciará previa audiencia con la concurrencia de las partes. En este caso no se requiere la intervención del Congreso.*
7. *Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la sentencia de vista no procede recurso alguno.*
8. *El auto de sobreseimiento o el que ampara una excepción u otro medio de defensa que enerve la pretensión acusatoria, así como la sentencia absolutoria, en tanto adquieran firmeza, devuelve al procesado sus derechos políticos, sin que sea necesario acuerdo de Congreso en este sentido.*
9. *El plazo que se refiere al artículo 99 de la Constitución no interrumpe ni suspende la prescripción de la acción penal de conformidad con el artículo 84 del Código Penal.*
10. *Vencido el plazo de cinco años, previsto en el artículo 99 de la Constitución, siempre que no se haya incoado el proceso penal, el ex alto funcionario público estará sometido a las reglas del proceso penal común.*

Artículo 451. Conversión del procedimiento común y acumulación

1. *Si en el curso de un proceso penal común, se determina que uno de los imputados está incurso en el artículo 99 de la Constitución, el Juez de la causa, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de otro sujeto procesal, previa audiencia con la intervención de los mismos,*



remitirá copia de lo actuado a la Fiscalía de la Nación para que se proceda a la formulación de la denuncia constitucional correspondiente; si el Fiscal de la Nación no está conforme con la resolución judicial solicitará la intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema para que se pronuncie al respecto. La Sala resolverá, mediante resolución inimpugnable y previa audiencia con asistencia de las partes.

- 2. Cuando el hecho sea atribuido a varios imputados y sólo alguno de ellos debe ser sujeto al procedimiento parlamentario de acusación constitucional, la causa deberá separarse para que se continúe en la jurisdicción ordinaria contra quienes no proceda este procedimiento. Se remitirá copia certificada de lo actuado al Fiscal de la Nación contra los restantes, para que proceda conforme lo dispone el numeral anterior. Si el Congreso emite resolución acusatoria, las causas deberán acumularse y serán tramitadas según las reglas especiales previstos en este Título.*

TÍTULO II

EL PROCESO POR DELITOS COMUNES ATRIBUIDOS A CONGRESISTAS Y OTROS ALTOS FUNCIONARIOS

Artículo 452. *Ámbito*

- 1. Los delitos comunes atribuidos a los Congresistas, al Defensor del Pueblo y a los Magistrados del Tribunal Constitucional, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, no pueden ser objeto de investigación preparatoria y enjuiciamiento hasta que el Congreso, o el Pleno del Tribunal Constitucional en el caso de sus miembros, siguiendo el procedimiento parlamentario –o el administrativo en el caso del Tribunal Constitucional– que corresponda, lo autorice expresamente.*
- 2. Si el funcionario ha sido detenido en flagrante delito deberá ser puesto en el plazo de veinticuatro horas a disposición del Congreso o del Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de que inmediatamente autorice o no la privación de libertad y el enjuiciamiento.*

Artículo 453. *Reglas del proceso y elevación del requerimiento de autorización de procesamiento*

- 1. El proceso penal, en estos casos, se seguirá bajo las reglas del proceso común. En la etapa de enjuiciamiento intervendrá un Juzgado colegiado. El recurso de casación procederá según las disposiciones comunes que lo rigen.*



2. *Si al calificar la denuncia, el Informe Policial o las indagaciones preliminares, o si en el curso del proceso se advierte que el imputado está incurso en las disposiciones del artículo anterior, el Juez de oficio o a petición de parte, previa audiencia, elevará los actuados respecto de aquél al Presidente de la Corte Superior correspondiente para que por su conducto se eleven las actuaciones al Congreso o al Tribunal Constitucional, según el caso, a fin de que se expida la resolución de autorización de procesamiento. Desde el momento en que se dicte la resolución, que es inimpugnable, se reservará lo actuado en ese extremo a la espera de la decisión de la autoridad competente, sin perjuicio de continuar la causa si existen otros procesados.*

TÍTULO III
EL PROCESO POR DELITOS DE FUNCIÓN ATRIBUIDOS A OTROS
FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Artículo 454. Ámbito

1. *Los delitos en el ejercicio de sus funciones atribuidos a los Vocales y Fiscales Superiores, a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, al Procurador Público, y a todos los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público, requieren que el Fiscal de la Nación, previa indagación preliminar, emita una Disposición que decida el ejercicio de la acción penal y ordene al Fiscal respectivo la formalización de la Investigación Preparatoria correspondiente.*
2. *La Disposición del Fiscal de la Nación no será necesaria cuando el funcionario ha sido sorprendido en flagrante delito, el mismo que en el plazo de veinticuatro horas será conducido al despacho del Fiscal Supremo o del Fiscal Superior correspondiente, según los casos, para la formalización de la investigación preparatoria.*
3. *Corresponde a un Fiscal Supremo y a la Corte Suprema el conocimiento de los delitos de función atribuidos a los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, a los Vocales y Fiscales Superiores y al Procurador Público, así como a otros funcionarios que señale la Ley. En estos casos la Sala Penal de la Corte Suprema designará, entre sus miembros, al Vocal para la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero; y, el Fiscal de la Nación hará lo propio respecto a los Fiscales Supremos que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento. Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Suprema procede recurso de apelación, que*

conocerá la Sala Suprema que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial. Contra la sentencia de vista no procede recurso alguno.

4. *Corresponde a un Fiscal Superior y a la Corte Superior competente el conocimiento de los delitos de función atribuidos al Juez de Primera Instancia, al Juez de Paz Letrado, al Fiscal Provincial y al Fiscal Adjunto Provincial, así como a otros funcionarios que señale la Ley. En estos casos la Presidencia de la Corte Superior designará, entre los miembros de la Sala Penal competente, al Vocal para la Investigación Preparatoria y a la Sala Penal Especial, que se encargará del Juzgamiento y del conocimiento del recurso de apelación contra las decisiones emitidas por el primero; y, el Fiscal Superior Decano hará lo propio respecto a los Fiscales Superiores que conocerán de las etapas de investigación preparatoria y de enjuiciamiento. Contra la sentencia emitida por la Sala Penal Especial Superior procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal de la Corte Suprema. Contra esta última sentencia no procede recurso alguno.*

CONCORDANCIAS: R.A. N° 059-2011-P-CSJLI-PJ (Disponen que para el conocimiento de la investigación preparatoria en casos del inciso 4 del Artículo 454 del Código Procesal Penal, será designado como Juez Superior de Investigación Preparatoria el magistrado menos antiguo de la Sala Penal de Apelaciones)

R. N° 790-2012-MP-FN (Aprueban la Directiva N° 001-2012-MP-FN, sobre "Adecuación de los Procesos seguidos contra Jueces de Paz conforme al Nuevo Código Procesal Penal")

Artículo 455. Disposiciones aplicables

El proceso penal en estos casos se regirá por las reglas del proceso común, con las excepciones previstas en el artículo anterior.

SECCIÓN III

EL PROCESO DE SEGURIDAD

Artículo 456. Instauración del proceso de seguridad

1. *Cuando el Fiscal, luego de haberse dictado la resolución prevista en el artículo 75, o cuando al culminar la Investigación Preparatoria considere que sólo corresponde imponer al imputado una medida de seguridad y que son aplicables las disposiciones del Título IV del Libro I del Código Penal, según el estado de la causa realizará las actuaciones de investigación imprescindibles o, si estima que éstas han cumplido su objeto requerirá la apertura de juicio oral y formulará el correspondiente requerimiento de imposición de medidas de seguridad, aplicando en lo pertinente lo*

dispuesto para la acusación fiscal con la indicación precisa de la medida de seguridad que solicita.

- 2. Si el imputado está procesado con otros imputados, se desacumulará el extremo de los cargos que se le imputan, incoándose una causa independiente.*

Artículo 457. Reglas especiales

- 1. Para el proceso de seguridad se aplican las disposiciones sobre el proceso común, sin perjuicio de las reglas especiales previstas en esta sección.*
- 2. Cuando el imputado se encuentre en la situación prevista en el artículo 20.2 del Código Penal, luego de procederse conforme al artículo 75, sus facultades serán ejercidas por su curador o por quien designe el Juez de la Investigación Preparatoria, con quien se entenderán todas las actuaciones, salvo los actos de carácter personal.*
- 3. En este caso, si fuere imposible su cumplimiento, no se interrogará al imputado.*
- 4. El Juez de la Investigación Preparatoria podrá también rechazar el requerimiento de imposición de medidas de seguridad formulado por el Fiscal, si considera que corresponde la aplicación de una pena. Contra esta resolución procede recurso de apelación, con efecto suspensivo.*
- 5. El proceso de seguridad no podrá acumularse con un proceso común.*
- 6. El juicio se realizará con exclusión del público. De igual manera, también podrá realizarse sin la presencia del imputado si fuere imposible en razón a su estado de salud o por motivos de orden o de seguridad. En el juicio será representado por su curador.*
- 7. Si no es posible la presencia del imputado en el acto oral, antes de la realización del juicio podrá disponerse el interrogatorio del imputado, con la intervención y orientación de un perito. Esta actuación sólo será posible si lo permite la condición del imputado, a juicio del perito.*
- 8. Cuando no pueda contarse con la presencia del imputado, se podrán leer sus declaraciones anteriores, así como la prevista en el numeral anterior.*
- 9. Es imprescindible que en el acto oral se interroge al perito que emitió el dictamen sobre el estado de salud mental del imputado, sin perjuicio de disponerse, de ser el caso, la ampliación de dicho dictamen por el mismo u otro perito.*
- 10. La sentencia versará sobre la absolución o sobre la aplicación de una medida de seguridad.*

Artículo 458. Transformación al proceso común y advertencia

- 1. Si después de la instalación del juicio oral, como consecuencia del debate, el Juez advierte que no es de aplicación el artículo 456 y que es posible aplicar una pena al imputado, el Juez dictará la resolución de transformación del proceso y advertirá al imputado de la modificación de su situación jurídica, dándole la oportunidad de defenderse, sin perjuicio de dar intervención a las partes. En este caso se suspenderá el acto oral y se reiniciará antes del plazo previsto en el numeral 3) del artículo 360.*
- 2. Rigen, análogamente, las reglas sobre acusación ampliatoria si el Fiscal considera que se presenta lo establecido en el numeral anterior, así como las reglas sobre correlación entre acusación y sentencia.*
- 3. Si se ha deliberado en ausencia del imputado en virtud del artículo anterior, se deberán repetir aquellas partes del juicio en las que el inculpado no estaba presente.*

COMENTARIO:

EL PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004*

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA**

I. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Las normas sobre medidas de seguridad que contiene el Código Penal vigente provienen de tres fuentes legislativas extranjeras. Esta pluralidad de influencias legislativas es trascendente para poder comprender las características y modalidades de las medidas de seguridad en nuestra legislación. Sobre el particular debemos precisar lo siguiente:

* En este completo informe, el autor estudia la diversa problemática de regulación y aplicación, en torno a las medidas de seguridad y al proceso de seguridad de internación que se les sigue a los procesados inimputables, incluyendo el estudio de instituciones como la internación preventiva y el internamiento previo, conforme a las normas del Código Procesal de 2004.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia - España. Consultor y experto de las Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos y Comunidad Andina de Naciones en temas de prevención y control de tráfico ilícito de Drogas, Lavado de Activos, Criminalidad Organizada y Cooperación Judicial Internacional en materia penal.

1. Las disposiciones que aluden a su rol funcional en el artículo IX del Título Preliminar tienen como modelo al Código penal colombiano de 1980 (cfr. Artículo 12).
2. Las normas que tratan de las clases de medidas de seguridad aplicables, responden a la influencia del Código Penal Brasileño de 1984 (cfr. Artículos 96 a 98).
3. Las reglas que regulan la aplicación de las medidas de seguridad provienen del Anteproyecto de Código Penal Español de 1983 (cfr. Artículo 87 a 89).

Esta heterogénea mixtura de fuentes legales extranjeras ha generado notorias implicancias y contradicciones en torno a la función que se atribuye a las medidas de seguridad, la cual resulta ideológicamente más cercana a los patrones positivistas tradicionales. Sin embargo, no se adapta a los criterios garantistas que se han implementado para su determinación y control, particularmente para el caso de la medida de seguridad de internación que es la privativa de libertad. En todo caso, tales contradicciones no deben ser omitidas al momento de interpretar y aplicar con coherencia y eficacia las normas vigentes sobre medidas de seguridad del Derecho Penal Peruano.

II. CLASES DE MEDIDAS

El Código Penal de 1991, siguiendo su fuente brasileña, contempla únicamente dos tipos de medidas de seguridad: **la internación y el tratamiento ambulatorio**.

La **Medida de Internación** se encuentra prevista en el artículo 74 del Código Penal. Ella se aplica por regla general a los inimputables que ejecutaron un hecho que la ley considera delito. Sin embargo, esta medida de seguridad puede también aplicarse excepcionalmente a inimputables relativos o a imputables que delinquieron como consecuencia de su dependencia hacia el consumo de alcohol o drogas.

La internación es una medida de seguridad privativa de libertad y conforme lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar le correspondería una función eminentemente curativa y asegurativa. Ella afecta la libertad ambulatoria del sentenciado e implica su ingreso y permanencia en un centro **“hospitalario especializado u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia”**.

Por su naturaleza y sus efectos sobre el interno se trata de una medida de seguridad grave, debido a lo cual, nuestra legislación precisa que solo podrá imponerse dicha medida cuando concurra el peligro de que el senten-



ciado pueda seguir realizando otros **delitos considerablemente graves** (homicidio, lesiones, violación sexual).

La duración de la medida de internación **no debe ser indeterminada**. La sentencia que la impone tiene que precisar expresamente cual es su extensión temporal. Al respecto, como ya se ha mencionado, el párrafo inicial del artículo 75 del Código Penal señala que, en ningún caso, la medida de seguridad de internación “podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido”.

La duda que surge con relación a esa disposición es si el legislador nacional alude a la pena legal o conminada o a la pena judicial o concreta. La doctrina judicial no se ha pronunciado al respecto.

Para nosotros, la norma citada alude necesariamente a una **pena aplicable**, es decir, individualizada y concreta. En consecuencia, el artículo 75 no se refiere a la pena tipo abstracta. Se regula, por lo tanto, un supuesto similar al contemplado en el inciso 2 del artículo 135 del Código procesal Penal de 1991, y donde se exige de la autoridad jurisdiccional una prognosis de la **“sanción a imponerse”** o **“determinación de la pena probable”**, para, sobre la base de ello, decidir la aplicación de la medida coercitiva personal de detención¹

El Juez, entonces, primero hará una prognosis o determinación de la pena probable que se aplicaría al inimputable, si hubiera cometido el mismo delito, pero como imputable. Luego consignará, en su sentencia, ese dato punitivo cuantificado como el límite máximo de duración de la medida de seguridad de internación que se impone al inimputable. La doctrina penal española al comentar el párrafo segundo del inciso 1 del artículo 103 del Código Penal de 1995 (“El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable, y a tal efecto, el juez o tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo”), cuya redacción es parecida a la contenida en el texto legal peruano, ha admitido una interpretación similar².

Sin embargo, también un sector de la doctrina ibérica ha criticado la decisión legal de limitar la duración de la medida de internación a los indicadores cuantitativos de la pena privativa de libertad que corresponda al delito cometido. Para sus seguidores, ello es incompatible, pues la medida de internación

1 Cfr. SANCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Lima, 2004, pág. 759

2 Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho Penal. Parte General* Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, 2004, pág. 86.

surge de un pronóstico sobre la peligrosidad latente del inimputable infractor. En cambio, la probable duración de una pena privativa de libertad aplicable al mismo caso solo podrá razonarse a partir de una culpabilidad que no es posible medir, dada la condición inimputable del agente del delito³. Cabe señalar, sin embargo, que la duración de la medida de internación que se fije en la sentencia puede ser modificada durante su etapa de ejecución. En efecto, la ley dispone que cada seis meses y, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional lo requiera, “la autoridad del centro de internación deberá remitir al Juez una pericia médica a fin de darle a conocer si las causas que hicieron necesaria la aplicación de la medida han desaparecido”. De constatarse dicho resultado exitoso, “el juez hará cesar la medida de internación impuesta”. Ahora bien, el éxito de la medida radica en el control que se logre obtener sobre la peligrosidad subjetiva del inimputable. No equivale, pues, a la **curación** de la patología mental que desencadena el estado peligroso, ya que por lo general los cuadros de enfermedad mental son irreversibles y crónicos.

El **Tratamiento ambulatorio** es la segunda clase de medida de seguridad que contempla nuestra legislación. Se encuentra regulada en el artículo 76 del Código Penal. **Se trata de una medida de seguridad no privativa de libertad y que tiene una función predominantemente de rehabilitación.** Esta medida se aplica exclusivamente a los imputables relativos. Sin embargo, en el **artículo 178** del Código Penal, se consideran también formas especiales de tratamiento ambulatorio para los imputables que han cometido delitos contra la libertad sexual.

La medida de seguridad que estamos analizando consiste en el sometimiento obligatorio del sentenciado a un régimen ambulatorio de atenciones de carácter médico, psicológico o de otra especialidad, que su estado personal requiera. La Ley no estipula un límite temporal para la realización del tratamiento ambulatorio. En todo caso, no puede exceder el plazo del cumplimiento de la condena impuesta al agente del delito. Su ejecución, pues, tendrá lugar de manera paralela al cumplimiento de la pena. Pérez Arroyo asume una posición diferente, considerando que “la aplicación conjunta de la medida de seguridad terapéutica y rehabilitadora se realiza de modo accesorio a un pena, la cual será de aplicación principal”⁴.

3 Cfr. JORGE BARRERIRO, Agustín. “Las medidas de seguridad aplicables a los enfermos mentales en el CP español de 1995”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 9. 2000, págs. 89 y sgtes.

4 PEREZ ARROYO, Miguel. “Las medidas de seguridad y rehabilitación social”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1997, pág. 142.



III. REGLAS DE APLICACIÓN

En este Código Penal de 1991 se incorporó un conjunto detallado de presupuestos y garantías para la aplicación judicial de la medida de seguridad. Esta decisión legislativa debe ser destacada como un importante avance, ya que por mucho tiempo el Derecho Penal peruano careció de normas al respecto. La naturaleza sancionadora y restrictiva de la libertad de las personas, que poseen las medidas de seguridad, hacia indispensable la regulación de tales principios y reglas. Por consiguiente, conforme a la legislación vigente, su aplicación debe observar lo siguiente:

1. Legalidad

Solamente se pueden imponer las medidas de seguridad que se encuentran definitivas en la ley con anterioridad al hecho punible. El Código Penal precisa al respecto en el artículo II de su Título Preliminar: **“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”**. Tampoco el Código Penal vigente autoriza que se puede aplicar medidas de seguridad por analogía o retroactivamente si resultan desfavorables al agente del delito (cfr. Artículo II del Título Preliminar y artículo 6).

2. Jurisdiccionalidad

El Juez Penal competente es la única autoridad del Estado que puede imponer medidas de seguridad. Además, solo podrá hacerlo a través de una sentencia. Esto es, luego de un juicio en el cual la actividad probatoria desplegada acredite con suficiencia y racionalidad que el imputado inimputable fue quien cometió el hecho punible. En este sentido, pues, era correcta la opinión de Peña Cabrera al precisar que “las medidas de seguridad constituyen siempre una sanción penal que solo ha de aplicarse cuando se ha demostrado la comisión de un delito”.⁵

Un aspecto que guarda relación con este principio y el de legalidad es que la medida de seguridad de internación no puede aplicarse con carácter de medida coercitiva personal durante el proceso. Efectivamente, las normas vigentes del código de Procedimientos Penales de 1940 y el Código Procesal Penal de 1991 no regulan ni autorizan tal

5 PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la parte general*. Tomo I. Segunda Edición. Lima. 1995, pág. 556.



posibilidad. Ello ha generado que en casos extremos los jueces hayan ordenado la detención del inimputable y su internamiento en un centro carcelario lo cual resulta inadecuado y arbitrario dada la calidad y estado concreto del imputado. Sin embargo, el Código procesal Penal de 2004 si ha legislado sobre estos aspectos al incorporar como medida cautelar la internación preventiva (cfr. Artículo 293 del Código Procesal Penal de 2004).

3. Necesidad

La medida de seguridad se impone cuando resulta indispensable e insustituible para controlar y prevenir un futuro accionar delictivo del sentenciado, esto es, cuando se ha acreditado un pronóstico desfavorable de peligrosidad criminal que justifica la medida. No es, pues, suficiente que el agente inimputable o imputable relativo haya cometido un delito, es requisito, además, que en el futuro él pueda incurrir en nuevos hechos punibles. Es más, la aplicación de una medida de internación, como se mencionó anteriormente, demanda que el pronóstico de peligrosidad indique la probabilidad de la colisión de **“delitos considerablemente graves”**. El artículo VII del Título Preliminar del Código Penal parece convalidar esta exigencia de relevancia en dicho pronóstico: “La medida de seguridad solo puede ser ordenada **por intereses públicos predominantes**”.

La Legislación Penal Peruana no ha definido qué indicadores concretos de peligrosidad criminal son los que deben valorar el juez para poder afirmar la necesidad de una medida de seguridad. Tampoco se ha pronunciado la Ley nacional en torno de aquellos que permitirían, al órgano jurisdiccional, decidir y fundamentar la calidad y extensión de la medida de seguridad que debe aplicarse al caso concreto. En este contexto, pues, para lograr una mejor sintonía con las exigencias del principio de legalidad, proponemos, de *lege ferenda*, que se incorpore en el Código Penal de 1991 una disposición similar a la que contenían los artículos 81 del Proyecto de 1985 y 80 el Proyecto de 1986. En esta última disposición, por ejemplo, se establecía lo siguiente: “Para la aplicación de las medidas de seguridad el Juez tomará en cuenta, además las circunstancias del hecho punible, **el examen pericial practicado sobre el imputado atendiendo al peligro que este pueda representar para la seguridad o el orden público**”.

Lamentablemente, frente a tales omisiones de la ley, la jurisprudencia tampoco ha desarrollado criterios alternos. Por el contrario, la praxis

judicial imperante nos muestra que las decisiones que se adoptan en este dominio, así como su justificación, dependen fundamentalmente de lo que se describe y reporta en las pericias siquiátricas. Sin embargo, la evaluación judicial de estos informes tiende a ser parcial, ya que se limita a convalidar el estado de enfermedad mental que padece el sujeto imputado. Muy rara vez se procura o exige de los especialistas un pronunciamiento expreso y específico sobre su condición peligrosa o sobre la naturaleza y duración de su posible tratamiento.

Tampoco, en la doctrina nacional, se ha construido criterios de interpretación y orientación idóneos que permitan replantear y superar la praxis descrita. Por nuestra parte, seguimos postulando que para identificar la peligrosidad del agente y justificar la necesidad de imponerle una medida de seguridad, la autoridad judicial debe tener en cuenta estas consideraciones:

- a) La peligrosidad delictual requiere un pronóstico integral que debe hacerse sobre la base del delito cometido, su modalidad de ejecución y la evaluación psicológica y siquiátrica que se haga de la gente.
- b) La declaración de peligrosidad debe expresarse como un pronóstico de probabilidad relevante de la comisión de nuevos delitos. No es suficiente, pues, la mera posibilidad de que ello pueda acontecer.
- c) El pronóstico de peligrosidad debe fundarse en los resultados de las evaluaciones que apliquen los peritos al infractor. Sin embargo, dicho pronóstico siempre será una decisión judicial por lo que se requiere también de una fundamentación jurídica.

4. Proporcionalidad

La peligrosidad del agente del delito es también un factor determinante para medir la proporcionalidad de la medida a imponer. Al respecto, la doctrina española ha cuestionado que la peligrosidad futura pueda servir para indicar la proporcionalidad de las medidas de seguridad. En ese sentido, por ejemplo, se ha señalado que la proporcionalidad refleja un sentido retributivo propio de la culpabilidad y que resulta implicate con el efecto preventivo que demanda la peligrosidad del infractor, la cual se mide hacia el futuro.

No nos parece acertada esta observación. En lo esencial, porque **la exigencia de proporcionalidad es un límite necesario a toda sanción, sea pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria.** Luego, porque a



través de ella, en el caso de las medidas de seguridad, no se persigue retribuir un daño, sino equilibrar en lo cualitativo y cuantitativo las dimensiones de la reacción estatal. De allí que en el artículo 73 del Código Penal peruano, siguiendo su fuente hispánica, lo que se demanda **es que el juez evalúe la naturaleza del delito cometido y la de aquellos que se pronostica que se podrían cometer por el agente de no ser sometido a la medida de seguridad**. Se trata, pues, de una **proporcionalidad condicionada no solo por hechos futuros, sino también, y sobre todo, por un hecho delictuoso pasado**. Pero, además, por la concreta necesidad de internación o tratamiento ambulatorio que el estado personal del infractor requiere.

Compartimos, por lo tanto, lo expuesto por San Martín Castro, quien señala que el principio de proporcionalidad “tiene un definido acento garantista y se expresa en una referencia tanto a la peligrosidad del pasado, expresada en el delito cometido, como a la peligrosidad del futuro, expresada en el pronóstico sobre los hechos que pueda cometer, y que en nuestra legislación se asocia –respecto de la internación– a la duración de la medida”.⁶

5. Posdelictualidad

Toda medida de seguridad se impone por la comisión, acreditada procesalmente, de un delito. Únicamente, a partir de la realización de un injusto, aún cuando su autor sea inimputable, cabe activar la intervención represiva o preventiva del estado y sus sanciones penales. En consecuencia, quedan absolutamente proscritas de nuestra legislación las medidas de seguridad predelictuales⁷.

6. Control Judicial

El juez competente está obligado a controlar la ejecución de las medidas de seguridad que imponga. El Juez está, pues, vinculado a ellas por una obligación de **inmediación** que no debe sucumbir, como desafortunadamente ha ocurrido con frecuencia, a la rutina de la eventualidad, la improvisación o la falta de diligencia. Por consiguiente, la autoridad

6 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. “Proceso Penal, anomalía síquica grave y delito”. II Congreso Internacional de Derecho Penal. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, pág. 27.

7 Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima, 2006, pág. 78.



judicial, debe planificar y programar adecuadamente sus visitas a los centros de internación o donde se estén ejecutando las medidas de tratamiento ambulatorio, para, de esa manera, poder recibir con sentido de oportunidad los reportes correspondientes.

Esta práctica debe hacerse una rutina responsable y no un evento episódico a cumplir cada seis meses. Las medidas de seguridad son sanciones por lo que su ejecución no debe quedar librada a las decisiones y actuaciones exclusivas del órgano administrativo o sanitario. **Por lo demás, solo un control efectivo y con periodicidad razonable sobre las medidas de internación permitirían al juez decidir con certeza y eficiencia sobre su reducción o cese en los casos que autoriza la ley.**

Ahora bien, pese a sus notables mejoras con relación al Código de 1924, el Código Penal de 1991 no incorporó normas, cuando menos generales, sobre cómo deberían proceder los magistrados para la ejecución y supervisión de las medidas de seguridad. Esta carencia tampoco fue superada por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento. En consecuencia, todo lo concerniente a este delicado dominio ha permanecido de facto en el nivel discrecional de las decisiones que adopta el servicio psiquiátrico del centro de tratamiento a donde es remitido, por disposición de la autoridad judicial, el enfermo mental que fue declarado autor de un delito.

Nuevamente, el Código Procesal Penal de 2004 aborda con solvencia la problemática aludida, precisando en los incisos 2 y 3 de su artículo 492 lo siguiente:

“2. El Juez Penal examinará, periódicamente la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teñiendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento.

3. Cuando el Juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación”.

IV. APLICACIÓN CONJUNTA DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Por la influencia del anteproyecto de Código Penal español de 1983, nuestro legislador se alejó de un modelo dualista puro para la aplicación sucesiva de penas y medidas de seguridad a delincuentes imputables o



con imputabilidad restringida. Al respecto, el Código Penal vigente optó, más bien, por un **modelo de estilo vicarial que posibilita una aplicación conjunta, pero incluida, de ambas sanciones.**

Como lo ha señalado Jorge Barreiro, en el sistema vicarial, se presentan las siguientes características:

1. “La pena, determinada a través de la culpabilidad por el hecho cometido, podrá ser sustituida –en su ejecución– por el cumplimiento de la medida de seguridad”.
2. El tiempo de cumplimiento de la medida se computará al de la pena, otorgándose al juez la posibilidad de optar entre el cumplimiento del resto de la pena que queda por cumplir o suspender la ejecución de esta (la pena) de forma definitiva, decretando la remisión condicional.
3. La decisión que adopte el Juez ha de tener en cuenta no solo la personalidad del sujeto peligroso y la necesidad de un tratamiento especial, sino también las exigencias de la defensa de la comunidad.
4. Este sistema es aplicable sobre todo en el caso de medidas de seguridad privativas de libertad y con relación a los sujetos imputables especialmente peligrosos (delincuentes habituales y profesionales), así como para el importante sector de la delincuencia de los semiimputables”⁸.

Tales características se cumplen, en lo esencial, en lo dispuesto por el artículo 77 del Código Penal peruano. En efecto, este artículo precisa que cuando el juez estime que se hace necesario aplicar una medida de seguridad de internación a imputables relativos o imputables dependientes del alcohol o drogas, podrá disponerlo, pero aplicando el criterio vía vicarial.

Esto es, primero, aplicará en la sentencia condenatoria la pena privativa de libertad en la extensión correspondiente a la culpabilidad del autor del delito. Luego, dispondrá también en el mismo fallo que el condenado sea sometido además a una medida de seguridad de internación. Sin embargo, deberá precisar que la ejecución de dicha medida de seguridad tendrá lugar antes de la pena privativa de libertad impuesta, pero afectando su duración total, es decir, que se descuenta del tiempo de penalidad impuesto, el utilizado en la realización de la medida de internación.

8 Cfr. JORGE BARREIRO, Agustín. “Las medidas de seguridad en la reforma penal española”. En *Política Criminal y Reforma penal*. Editoriales de derecho Reunidas. Madrid. 1993, págs 733 y 734.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, el éxito del tratamiento aplicado durante la medida de internación puede determinar que el juez considere y decida una reducción del tiempo de la pena privativa de libertad que resta por cumplir o declara su extinción total. Cabe señalar que esta posibilidad de alterar o extinguir los términos de duración de la penalidad fue también contemplada en el artículo 92 del Código Penal de 1924, al menos para los imputables relativos: "Si la causa que había hecho suspender la ejecución de la pena de un condenado de responsabilidad restringida llega a desaparecer, el juez decidirá si la pena debe ser aún ejecutada y en qué medida, previo dictamen de peritos".

No cabe duda de que la decisión por el modelo vicarial constituyó uno de los más notables avances de la reforma penal peruana de 1991. Lamentablemente, a 15 años de su vigencia, su aplicación judicial ha sido nula, por lo que no ha dado lugar a desarrollos jurisprudenciales que señalen sus alcances y utilidad.

Ahora bien, de *lege ferenda*, consideramos que tal opción vicarial también debería de priorizarse para el caso de jóvenes delincuentes primarios, o de adultos que padecen anomalías conductuales que los hacen propensos a la comisión de delitos patrimoniales no violentos como los cleptómanos.

V. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Una evaluación de las tendencias relativas a la aplicación judicial de las medidas de seguridad consideradas por el Código Penal de 1991 permite un balance no muy alentador, dado que se detectan diferentes omisiones y distorsiones. Sin embargo, hay que precisar también que algunas de tales deficiencias corresponden a una etiología estrictamente legal. A modo de ilustración, señalaremos a continuación los principales problemas detectados, algunos de los cuales ya han sido mencionados al abordar los contenidos precedentes de estos comentarios.

- 1. Aplicación de las medidas de internación sobre la base de disposiciones derogadas del Código de Procedimientos Penales de 1940 que está derogado**
Ello ha sido consecuencia de la falta de normas procesales sobre el particular en el Código Procesal Penal de 1991, el cual, además, no alcanzó vigencia integral.
- 2. Las medidas de seguridad de internación se han venido aplicado únicamente en atención a la verificación de un estado de enfermedad mental**

Generalmente, los operadores de justicia no se han preocupado por definir la vinculación probada del inculpado inimputable con el hecho delictivo atribuido; ni tampoco por identificar y argumentar la presencia de un estado peligroso que requiere tratamiento institucionalizado.

3. La imposición de una medida de seguridad de internación no establece el límite cuantitativo de su duración o se considera como tal al máximo de la pena conminada para el delito atribuido al inimputable

De esta manera se convierte a la internación en sanción intemporal o se le adjudica un plazo excesivo de duración que no era compatible con el requerido por el tratamiento para el control del estado peligroso del inimputable.

4. Por lo general, se interpreta a la sentencia que impone una medida de seguridad de internación como un fallo absolutorio

Esta errada percepción desconoce la condición sancionadora de las medidas de seguridad, sobre todo de las que, como la internación, son privativas de libertad. Se trata, pues, de un fallo de condena en el sentido procesal del concepto donde se ha acreditado el presupuesto fáctico que relaciona a la imputación con la conducta realizada por el imputado. La condición de inimputable no anula la presunción de inocencia, por lo que la aplicación de una medida de internación tiene por presupuesto procesal la destrucción de esa presunción. Un efecto adicional del distorsionado proceder que hemos mencionado es la ausencia de una reparación civil en los fallos que aplicaban internación, con lo cual se frustraba ilegalmente el derecho indemnizatorio de la víctima.

5. El Ministerio Público no solicitaba en sus requisitorias escritas la medida de internación ni objetaba las distorsiones legales de su aplicación

Este proceder era consecuencia evidente de la falta de información de los fiscales sobre este tipo de sanciones. De allí que, en muchas ocasiones, han permitido que la internación se disponga antes del juicio o que se aplique pese a no coincidir con los términos de su acusación y su requerimiento punitivo.

6. La internación no se cumplía en centros especializados sino en la cárcel

Esta disfunción ha adquirido un carácter crónico por la falta de plazas de tratamiento para "internos judiciales". En no pocas ocasiones, los sentenciados a medidas de seguridad de internación han acumulado

un largo período de permanencia en centros penales a la espera de un traslado al centro psiquiátrico donde deberían ser tratados. Lamentablemente, esta anómala situación ha producido la grave presencia de los “internos olvidados” o de los “locos” en las cárceles peruanas.

7. Ausencia de control judicial real y efectivo sobre los sentenciados sometido a medidas de seguridad de internación

Esta praxis omisiva es tal vez uno de los problemas más recurrentes y arraigados en lo que corresponde a la aplicación judicial de medidas de internación. En efecto, no solo no se ha controlado el tratamiento de los sentenciados a internación, sino que tampoco se ha atendido a los informes y requerimientos de externación que han remitido a las unidades jurisdiccionales competentes los psiquiatras a cargo del tratamiento de la peligrosidad del interno. Pese a las realizaciones técnicas y especializadas de estos profesionales de la salud mental, los jueces se han negado a externar a los sentenciados antes del cumplimiento del término de la medida señalada en la sentencia.

Como se ha comentado anteriormente, es de esperar que tales prácticas negativas se superen positivamente con las disposiciones que sobre control judicial de la internación contempla el Código Procesal Penal de 2004 en su artículo 492.

8. Imposibilidad de aplicar sustitutivamente medidas de tratamiento ambulatorio a los sometidos a medidas de internación

Esta es una clara falencia legal, ya que nuestro ordenamiento punitivo no ha previsto la posibilidad de aplicar la medida de tratamiento ambulatorio a inimputables. De manera que si la recomendación del perito es que, a continuación de la externación, el sentenciado pase a cumplir un régimen de tratamiento ambulatorio, el juez, por imperio del principio de legalidad, no lo podría disponer. Tampoco podría optar por tal medida si no fuese necesaria la medida de internación.

Sin embargo, esta omisión legislativa tiende a ser subsanada en el futuro como se observa en el Anteproyecto del Código Penal - Parte General de 2004. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo 77 de esta propuesta legislativa considera lo siguiente:

“El Juez podrá, sustituir la internación por el tratamiento ambulatorio u otras reglas que neutralicen la posibilidad del interno de cometer acciones delictivas. Entre las medidas que pueden imponerse, se hallan enunciativamente:

- a) La prohibición de visitar determinados lugares.
- b) La prohibición de acercarse a determinadas personas.
- c) La prohibición de realizar determinadas actividades”

9. Imposibilidad de Aplicar la Medida de Seguridad de Internación con Carácter de medida de Coerción Procesal

Ante la carencia de disposiciones legales sobre internación de procesados con carácter de medida cautelar, los operadores jurisdiccionales aplicaron medidas de detención. Como ya lo hemos mencionado, esta actitud contraviene el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la medida. En todo caso, hubiese sido preferible en esos casos optar por una comparecencia con las restricciones de arraigo y supervisión. Cabe recordar que el inciso 2 del artículo 143 del Código Procesal de 1991 señala como restricción: “La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados”. También esta situación debe corregirse con las previsiones de los artículos 293 del Código Procesal Penal de 2004.

VI. LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNACIÓN Y EL PROCESO DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

1. Finalidad Procesal y Denominación

El **Proceso de Seguridad** reúne normas de procedimientos especiales para el juzgamiento de procesados inimputables susceptibles de ser sancionados con medidas de seguridad de internación.

Sin embargo, es de precisar que este procedimiento especial no comprende a los imputables relativos ni a los imputables dependientes del alcohol o drogas que también pueden ser afectados por medidas de seguridad de internación. Para esta clase de procesados se aplicarán siempre las reglas y ritos procedimentales del proceso común.

Debemos objetar la denominación asignada a este procedimiento, ya que no resulta muy ideográfica en cuanto a su finalidad y contenidos.

Efectivamente, no es un proceso destinado a la seguridad de personas o bienes o a su aseguramiento procesal, sino al juzgamiento de inimputables por enfermedad mental a los cuales eventualmente se les aplicaría medidas de seguridad de internación. En el Código Procesal Penal chile-

no, un procedimiento análogo al nacional es denominado **procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad**.

2. La Fuente Legal

Ninguno de los Códigos Procesales Penales del Perú, anteriores al de 2004, ha regulado un procedimiento especial similar al de seguridad. Por consiguiente, carecemos de antecedentes normativos nacionales en este dominio. Sin embargo, la presencia del proceso de seguridad en el nuevo Código Procesal Penal tampoco es un aporte que haya surgido del ingenio creador de nuestros legisladores. Se trata, como suele ocurrir en nuestra legislación punitiva, de una nueva manifestación de la recepción nacional del Derecho extranjero. En efecto, todas las normas sobre el proceso de seguridad y sobre la internación preventiva han sido tomadas por el legislador peruano del Código Procesal Penal chileno, promulgado por la Ley 19696 del 12 de octubre de 2000.

Ahora bien, la legislación chilena, con mejor técnica legislativa y sentido sistemático que el texto nacional, contiene todas las normas procesales que se vinculan a medidas de seguridad de internación en un mismo título. De esta manera, se logra dar una autonomía especializada a esta clase de disposiciones adjetivas. En efecto, en el Título VII, del Libro Cuarto (Procedimiento especiales y ejecución), el código procesal penal chileno se regula el “**Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad**”.

Dicho sistema normativo especial abarca los artículos 455 a 465. Son fuente de las normas nacionales sobre el proceso de seguridad los artículos 456 a 463. Por su parte, el artículo 464 es la fuente legal de nuestro artículo 293, relativo a la internación preventiva.

3. Ubicación y Morfología Normativa

El proceso de seguridad está integrado dentro de las disposiciones que corresponden al Libro quinto que está dedicado a los Procesos Especiales.

Su sistema normativo es bastante breve y comprende tres artículos, del 456 al 458. La morfología interna de estas normas nos permite visualizar sus alcances en los siguientes términos:

- 3.1. El **artículo 456** está dedicado a la identificación de las vías de acceso procesal al procedimiento especial, esto es, en dicha norma se precisa cuándo debe aplicarse el proceso de seguridad.



- 3.2.** En el **artículo 457**, el legislador ha definido las reglas especiales del procedimiento, es decir, qué ritos especiales y excepciones al modelo procesal común tienen que observarse en el juzgamiento de procesados sometidos al proceso de seguridad.
- 3.3.** La disposición normativa del **artículo 458** plantea una situación sobreviviente a la instauración del proceso de seguridad y que determina su transformación en un proceso común. Se trata, pues, de una incidencia especial que dará lugar a un trámite propio.

Ahora bien, el proceso de seguridad no constituye el único punto de reunión del Código Procesal Penal de 2004 con las medidas de seguridad de internación. Efectivamente, al interior de sus libros, el Código también ha incorporado normas adjetivas que guardan estrecha relación con la internación de inimputables. En concreto, encontramos hasta cuatro clases de normas que se relacionan con las medidas de seguridad privativas de libertad. Estas disposiciones abarcan actos procesales propios de la investigación preliminar, de la investigación preparatoria, de la etapa de ejecución e, incluso, de los procedimientos de cooperación judicial internacional en materia penal. La morfología y el ámbito de regulación específicos que comprenden estas normas son los siguientes:

- 3.4.** El **artículo 294** regula la medida del internamiento previo como una necesidad operativa complementaria de la realización de exámenes periciales.
- 3.5.** En el **artículo 293** se legisla sobre la medida coercitiva personal de la internación preventiva.
- 3.6.** Las disposiciones sobre el régimen de ejecución de medidas de seguridad de internación están definidas en el **artículo 492**.
- 3.7.** La ejecución de medidas de seguridad como actos de cooperación judicial internacional en materia penal se encuentra contemplada en los **artículos 545 y 546**.

4. Análisis del Proceso de Seguridad

4.1. Las Vías de Acceso

El artículo 456 plantea como objetivo central la justificación y la oportunidad procesal de incoar un proceso de seguridad. Al respecto, la norma regula tres aspectos esenciales:

- La evaluación de la inimputabilidad.



- La acusación fiscal y el requerimiento de la imposición de una medida de seguridad de internación.
- La desacumulación de cargos en caso de concurrencia de procesados inimputables con procesados imputables.

a) La evaluación de la inimputabilidad

Esta situación procesal esta conexas con lo estipulado en el artículo 75. En esta última norma se precisa la facultad que tiene el juez de la investigación preparatoria o el juez penal para poder disponer el examen pericial de un procesado cuando existen dudas sobre su estado de inimputabilidad al momento de comisión del delito imputado.

Ahora bien, practicada la pericia y recibido el informe por la autoridad judicial, esta llevará a cabo una audiencia con concurrencia de las partes procesales y de los peritos para decidir al respecto. Si luego de la audiencia, el juez considera que se ha acreditado el estado de inimputabilidad del procesado, emitirá una resolución disponiendo la instauración en el caso del proceso de seguridad. Por consiguiente, la primera vía de acceso a la aplicación del proceso de seguridad depende de una iniciativa y decisión jurisdiccional.

b) La acusación fiscal y el requerimiento de la imposición de una medida de seguridad de internación

Este segundo supuesto tiene lugar al terminar la etapa de la investigación preparatoria. En este contexto, si el fiscal considera que al procesado solo se le aplicará una medida de seguridad de internación, dispondrá la realización de las diligencias imprescindibles para el tipo de delito investigado, así como de aquellas de carácter pericial que permitan consolidar y sustentar su oposición. Posteriormente, al hacer su requerimiento de apertura de Juicio Oral, formalizará también su requerimiento de aplicación de la medida de seguridad de internación, precisando su extensión temporal. Cabe señalar que, para todo ello, el fiscal deberá observar los mismos requisitos que se exigen para la redacción de una acusación y para la solicitud cualitativa y cuantitativa de una pena.

La segunda vía para aplicar el proceso de seguridad queda, pues, en las competencias específicas del fiscal. Él, indirectamente, al requerir solo la imposición de la medida de internación para el procesado, estará solicitando también la habilitación de dicho procedimiento especial.



c) La desacumulación de cargos en caso de concurrencia de procesados inimputables con procesados imputables

Si en un proceso se encuentran implicados varios imputados y uno o más son inimputables, se dispondrá la desacumulación de los cargos contra ellos y se les hará un juzgamiento independiente conforme a las reglas del proceso de seguridad. Esta alternativa legal es coherente con los distintos objetivos procesales y de sanción que deben concretarse frente a cada tipo de procesado. Con relación al imputable se debe acreditar su actuación antijurídica y culpable. Por su parte, con relación al inimputable se debe comprobar su vinculación con el hecho antijurídico imputado y su peligrosidad subjetiva. Al primero se le determinará una pena, y al segundo se le aplicará una medida de seguridad.

La Ley no hace alusión alguna a la competencia sobre cada procesado y procedimiento. Por consiguiente, es de asumir que será el mismo Juez penal el que habrá de realizar ambos juzgamientos de manera paralela o secuencial. Ello también resulta justificado, pues el objeto de prueba será siempre el mismo hecho punible que fue materia de la investigación preparatoria y del requerimiento fiscal.

4.2. Reglas Especiales del Procedimiento

En el artículo 457, el legislador ha incluido un conjunto de reglas especiales que deben observarse en la realización de un proceso de seguridad. Al respecto, la ley ha establecido lo siguiente:

- a) En principio se deben observar los ritos y etapas procesales que corresponden al juzgamiento en el proceso común. Esta es la regla general, pero en atención a la calidad del procesado, así como a los fines específicos de su juzgamiento, se deberán aplicar por excepción las reglas especiales que el artículo que comentamos detalla. Fundamentalmente, se trata de aquellas que a continuación mencionamos.
- b) La representación procesal del inimputable y, por ende, el ejercicio de sus facultades y derechos serán asumidos por su curador. Con él se deberán entender las actuaciones judiciales que se programen, siempre que estas no sean de carácter personal como los interrogatorios o reconocimientos. Cabe señalar un error de redacción en el inciso b del artículo 457 del Código Procesal Penal de 2004. Efectivamente, la norma señala a un imputado que “se

encuentre en la situación prevista en el artículo 20.2 del Código Penal". Como se precisa, en dicha disposición sustantiva no se trata de un inimputable por anomalía psicopatológica sino de un **"menor de 18 años"**, quien no puede ser procesado por la justicia penal ordinaria, y al cual, de ser involucrado en un proceso de esa naturaleza, se le debe excluir conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Código de Procedimientos Penales. Además, el propio Código Procesal Penal de 2004, también en su artículo 18 inciso 2, excluye **"los hechos punibles cometidos por adolescentes"** de dicho fuero.

- c) Si el estado del procesado inimputable no permite que pueda ser interrogado, se podrá prescindir de ello.
- d) El Juicio en el proceso de seguridad se debe desarrollar sin la presencia de público. Esta regulación es una excepción al principio y garantía de la publicidad del juicio oral. Sin embargo, se encuentra plenamente justificada por la calidad del procesado y la necesidad de no afectar su dignidad de persona. Por lo demás, la presencia obligatoria de su representante procesal y de su abogado defensor compensan tal restricción. Cabe anotar que tal regulación de exclusión de la publicidad del proceso de seguridad es también acogida en el Derecho Procesal Penal extranjero, por ejemplo, el artículo 463 inciso b del código procesal penal de Chile dispone los siguientes: "El juicio se realizará a puerta cerrada".
- e) También se puede llevar a cabo el juzgamiento sin la presencia del propio procesado inimputable. Sin embargo, esta nueva particularidad solo se justifica por razones específicas que impiden que el imputado concurra a su juicio. La norma señala tres causales de impedimento: **el estado de salud del procesado, razones de orden o razones de seguridad**. Sea cual fuere la causal invocada, esta debe acreditarse debidamente. Ahora bien, en cualquier caso, el procesado quedará representado en el juicio por su curador.
- f) Cuando el procesado no concurra al juzgamiento por las causales aludidas se le impondrá interrogar con anterioridad al juicio y con auxilio de peritos. Este interrogatorio previo solo tendrá lugar si los peritos estiman que el estado del procesado lo hace posible.
- g) Si no es posible que el procesado esté presente en el juicio, se deberán leer todas sus declaraciones sobre el *thema probandum* anteriores al juzgamiento.



- h) En el proceso de seguridad, el interrogatorio del perito en el juicio es imprescindible. Se trata, claro está, del perito que examinó y emitió dictamen sobre el estado de inimputabilidad o enfermedad mental del procesado. Al respecto, cabe señalar dos aspectos complementarios. Primero, que en el juicio se puede disponer, a resultas del interrogatorio practicado al perito, que se amplíe el examen practicado al procesado por un nuevo perito. Segundo, que el interrogatorio, pese a que no lo dice la ley, deberá de focalizarse en torno a la peligrosidad potencial del procesado (**probabilidad de que cometa en el futuro nuevos actos de carácter delictivo y considerablemente graves**), y sobre la duración probable de su tratamiento (**necesidad mínima y máxima del régimen de internación**).
- i) Otra regla especial faculta al juez de la investigación preparatoria a rechazar la aplicación de la medida de seguridad de internación que propone el fiscal cuando estime que al procesado tendrá que aplicársele una pena. Esta decisión de control que ejecuta el órgano jurisdiccional sobre el requerimiento del fiscal debe ser debidamente fundamentada. Lo cual solo puede ocurrir cuando la autoridad judicial llega a la convicción de que, por los antecedentes del caso, la consecuencia jurídica que corresponde es la pena, por ejemplo, el rechazo puede justificarse en la condición de imputable dependiente en la condición de imputable dependiente del alcohol o drogas, o por la imputabilidad relativa del procesado, que impiden que sea sancionado únicamente con la medida de seguridad de internación (cfr. Artículo 77 del Código Penal). Queda claro que el efecto derivado de este rechazo es la **imposibilidad conforme al proceso de seguridad**. En todo caso, la ley posibilita la apelación de la mencionada decisión judicial con efecto suspensivo.

Por último, las reglas especiales del artículo 457 se ocupan también del contenido y forma de las sentencias que deben pronunciarse en los juicios sujetos al proceso de seguridad. **El texto legal es bastante escueto y solo alude al fallo absolutorio o al de aplicación de la medida de seguridad de internación.**

Dada su novedad en nuestro medio, dicha disposición debió de desarrollar pautas más detalladas en torno, por ejemplo, al contenido y fundamentación del fallo de aplicación de la medida de seguridad de internación. Con relación a esta omisión, nosotros estimamos que en la



sentencia de aplicación, el juez penal deberá desarrollar fundamentos específicos en torno a lo siguiente:

- i) La realización probada del hecho imputado.
- ii) La vinculación directa o indirecta del procesado con la realización del hecho imputado.
- iii) La condición acreditada de inimputabilidad del procesado al momento de realización del hecho punible.
- iv) El pronóstico de peligrosidad subjetiva futura del procesado.
- v) La necesidad del tratamiento, así como de sus características y duración para el caso concreto.

Cabe recordar que la necesidad de la medida de seguridad de internación conlleva, entre otros aspectos, que el juez penal haga un pronunciamiento específico sobre la naturaleza grave del delito que el procesado inimputable podría cometer de no ser sometido al tratamiento en régimen de internación. Esto último es un requerimiento esencial de la aplicación de esta clase de medida de seguridad, según lo expresamente estipulado en el párrafo *in fine* del artículo 74 del Código Penal.

4.3. La Transformación en un Proceso Común

La posibilidad de transformar un proceso de seguridad en un proceso común está regulada en el artículo 458 del Código Procesal Penal de 2004. El citado artículo contempla varios aspectos:

Primero, se identifica cuál es la causal que determina la transformación del procedimiento. Con relación a ello, el Código no da mayores detalles, limitándose a señalar que dicha transformación será procedente cuando de los debates e interrogatorios realizados en el juicio oral, se advierta que no corresponde al proceso de seguridad, ya que el procesado debe ser sancionado con una pena. Se trata de un caso análogo al contemplado en el inciso 4 del artículo 457. La diferencia está en que el artículo que ahora analizamos se vincula con un hecho sobreviviente a un juicio oral que se ha estado desarrollando conforme a las reglas de proceso de seguridad, esto es, como consecuencia de los debates, el juez penal se convence que el procesado no es inimputable, sino imputable o imputable relativo. Si ello ocurre, el órgano jurisdiccional a cargo del proceso de seguridad dispondrá su transformación en un proceso común.

En segundo lugar, la norma ha buscado conciliar la facultad judicial con el derecho de defensa del procesado. En tal sentido, se dispone que el



juez penal deberá advertir de su decisión transformadora al imputado para que este pueda argumentar lo conveniente en su defensa. Además, deberá dar intervención a las otras partes procesales.

La Ley, sin embargo, para este supuesto no establece la posibilidad de impugnar la decisión judicial de transformación del procedimiento, cosa que si ocurría en el caso del inciso 4 del artículo 357. Consideramos que, dada la trascendencia y el efecto de la misma, el recurso de apelación debe ser autorizado.

Un tercer aspecto regulado por el artículo 458 se refiere al régimen de adaptación y tránsito hacia el proceso común, luego la resolución de transformación. Según la norma se debe **suspender el juicio** para reiniciarse antes del octavo día. Este plazo guarda relación con los límites estipulados en el inciso 3 del artículo 360 para suspender o dejar sin efecto el juicio oral.

El cuarto tópico que traba la ley se refiere al fiscal y a que sea este quien advierta la necesidad de transformar el procedimiento.

Efectivamente, la disposición normativa señala que frente a esa situación se deberá proceder de manera similar al supuesto procesal de la acusación ampliatoria o complementaria. Por consiguiente, el fiscal en estos casos deberá observar las reglas específicas que definen los incisos 2 y 3 del artículo 374, en especial, en lo que corresponde a la adecuación de circunstancias y penas, así como en lo atinente a la suspensión del juicio para que los otros sujetos procesales puedan adaptarse al nuevo requerimiento fiscal y al nuevo esquema del debate.

La suspensión no podrá exceder de cinco días y permitirá a la defensa ofrecer las pruebas que sean pertinentes a su posición procesal. Ahora bien, el legislador destaca la necesidad de que, pese a cualquier variante, siempre deberá preservarse dentro del nuevo juicio la correlación entre acusado y defensa.

Finalmente, el artículo 458 busca resolver la situación especial, generada por la no presencia del procesado en el desarrollo del juicio que se le seguía conforme al proceso de seguridad. Como se explicó anteriormente, la ley permite ello excepcionalmente, por razones ligadas a la salud del procesado o al orden y a la seguridad en la realización del juicio. Ante este antecedente, la norma dispone que todas aquellas actuaciones del juicio que se realizaron en ausencia del procesado deberán de repetirse con su presencia.

Sin embargo, pese a lo detallado de las reglas sobre transformación del procedimiento, el legislador nacional no ha incluido reglas similares para resolver una situación inversa, es decir, se ha omitido en el Código Procesal Penal delinear cómo debe procederse en los supuestos donde, de los debates y exámenes realizados dentro de un juicio sobre la base de proceso común, aparece también como necesidad sobreviniente la de imponer una medida de seguridad de internación en vez de la pena o adicional a esta la primera. A nuestro parecer, en estos supuestos, la situación deberá resolverse análogamente, esto es, dar lugar a una acusación complementaria y a la suspensión respectiva para el caso de imputables o imputables relativos que también requieran una medida de seguridad de internación. Sin embargo, tratándose de inimputables no quedará otra opción que dejar sin efecto el juicio y volver a iniciarla, previo requerimiento fiscal, conforme a los ritos especiales del proceso de seguridad.

7. LA INTERNACIÓN PREVENTIVA

Como ya lo hemos mencionado, el Código Procesal del 2004, a diferencia de sus predecesores de 1940 y de 1991, autoriza el uso de la medida de internación como medio de coerción procesal. Se trata, pues, de la **medida de internación preventiva**.

Esta medida coercitiva especial se encuentra regulada en el artículo 293. En lo esencial, ella **implica el internamiento con carácter preventivo del procesado en un establecimiento psiquiátrico**.

La Ley no le ha establecido un límite de duración, pero dada su condición de medida restrictiva de la libertad ambulatoria del imputado, somos de la opinión que ella no puede prolongarse más allá de los plazos señalados para la medida de prisión preventiva. Por consiguiente, no debe durar más de nueve meses o dieciocho en caso de procesos complejos (cfr. Artículo 272).

Es competente, para decretar la internación preventiva, el Juez de la investigación preparatoria. Para su procedencia es necesario que concurren los siguientes **presupuestos**:

1. Que se haya comprobado con la pericia correspondiente que el procesado sufre una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales de **comprender y querer**.
2. Que el estado mental del imputado lo torna peligroso para sí o para terceros.



Una exigencia similar la encontramos en el artículo 646 del Código Procesal Penal chileno de 2000.

Ahora bien, los **requisitos legales** que deben observarse para la aplicación de la internación preventiva son similares a los requeridos para la medida coercitiva personal de prisión preventiva (cfr. Artículo 268). Tales requisitos son los que se detallan a continuación:

1. Que se pueda inferir, sobre la base de elementos o **indicios de convicción**, que **existe una relación relevante del procesado con el hecho punible**, es decir, que de tales medios, el órgano jurisdiccional competente razonablemente asuma que el imputado es el posible autor o partícipe del hecho delictivo que se le atribuye.
2. Que resulte probable la aplicación al imputado de una medida de seguridad de internación.
3. Que se advierta la presencia de un riesgo procesal trascendente que hace necesaria la medida de internación preventiva para poder controlarlo. El inciso b del artículo 293 alude a una **presunción suficiente** de que el imputado no se someterá al procedimiento o que pueda obstaculizar u obstruir un **acto concreto de la investigación**. Es de mencionar que la norma que analizamos, señala que dicha presunción puede construirse sobre la base de las previsiones que sobre **peligro de fuga y peligro de obstaculización** se consigna en los artículos 269 y 270 para la medida de prisión preventiva, es decir, sobre indicadores objetivables que aluden a factores relativos al arraigo del imputado, a la sanción penal probable o conminada, así como a opciones de afectar la actividad probatoria.

Nuevamente, el legislador ha incurrido en errores materiales al volver a considerar la condición de un imputado conforme al inciso 2 del artículo 20 del Código Penal (**inimputabilidad por minoría de edad**), y mezclarlo con medidas aplicables solo a procesados adultos en quienes concurren causales sicobiológicas de inimputabilidad. Es más, se alude también a un juez de la **investigación preliminar**, el cual conforme a la estructura del sistema judicial penal que propone el nuevo Código no existe (cfr. Artículo 16). Efectivamente, en el inciso 2 del artículo 293, el Código Procesal Penal de 2004 dispone lo siguiente: “Si se establece que el imputado **está incurso en el artículo 20, inciso dos, del Código Penal, el juez de la investigación preliminar** informará al juzgado penal competente para dictar la decisión final sobre su inimputabilidad e internación y lo pondrá a su disposición”.

Lamentablemente, los pocos comentaristas nacionales del nuevo Código adjetivo no han reparado en estos errores, dado el escaso interés que han



demostrado en sus obras por lo atinente al proceso de seguridad y a esta medida de internación preventiva. Por lo demás, en la legislación chilena, una norma similar no existe. Con relación, pues, al error legislativo mencionado solo nos queda recomendar *de lege ferenda* la aclaración o la supresión del texto citado. En cuanto a lo primero se deberá consignar el “**inciso 1**” del Código Penal y corregir la palabra “preliminar” por “**preparatoria**”. Con relación a lo segundo, es de señalar que la norma aludida es innecesaria, pues la medida de internación no puede plantearse o discutirse en la investigación preparatoria, sino solamente en la etapa de juzgamiento y dentro de un proceso de seguridad. La disposición parece querer reproducir una norma parecida a la derogada del artículo 190 del Código de Procedimientos Penales de 1940, hoy totalmente impicante.

Sin embargo, *de lege lata*, podríamos sugerir que los jueces de la investigación preparatoria, al presentarse el supuesto que literalmente contiene el inciso en cuestión, es decir, la presencia de menores inimputables en el proceso penal incoado, adecuen los efectos del uso de dicha norma, a los ya antes mencionados del artículo 18 del Código de Procedimientos Penales o del artículo 18 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004.

El párrafo *in fine* del artículo 293 señala que **la internación preventiva puede prolongarse por encima de los plazos ordinarios de duración**. Para que ello proceda se requiere la solicitud expresa del Ministerio Público. No está autorizada la prolongación de oficio. En todo caso, el régimen procesal de la prolongación se regirá por lo establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 274, que regula la prolongación de la medida de prisión preventiva.

Por consiguiente, ante la citada solicitud del fiscal, el juez de la investigación preparatoria convocará a audiencia dentro del tercer día. En dicho acto, todas las partes procesales pueden alegar lo conveniente a su pretensión procesal. La decisión de prolongación de la internación preventiva se resolverá al final de la audiencia o dentro de las setenta y dos horas siguientes a esta. La resolución judicial podrá ser apelada. En tal caso, la Sala Penal deberá fijar Vista de la Causa y resolverá lo pertinente dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas.

Cabe señalar que la audiencia sobre la prolongación de la medida de internación puede realizarse sin la concurrencia física del procesado, pero será imprescindible que concurra su abogado defensor. Además, la ley autoriza a que el imputado pueda ser representado por un familiar.

No se menciona expresamente el término no posible de la prolongación. Sin embargo, estando al uso analógico que hace el Código Procesal



Penal del marco regulador de la prisión preventiva, es de estimar que este también es aplicable en este dominio. Por consiguiente, debemos inferir que la prolongación de la internación preventiva debe sujetarse a lo establecido en los artículos 274 inciso 1 y 272 inciso 2. En consecuencia, la prolongación podrá ser hasta por **dieciocho meses**.

Tampoco las normas sobre internación preventiva han fijado criterios para la cesación de esta medida coercitiva. En tal sentido, y por lo antes mencionado, también aquí supletoriamente deberían utilizarse las normas del Capítulo VI del Título III de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código de 2004, dedicado a la cesación de la prisión preventiva (cfr. Artículos 283 a 285). Por consiguiente, cualquier solicitud de cesación de la internación preventiva deberá de evaluarse sobre la base de las reglas de variabilidad y proporcionalidad, que son las que rigen a toda medida coercitiva⁹. Consideramos, por último, que la duración de la internación preventiva debe descontarse del plazo de ejecución de la medida de seguridad de internación que se aplique al procesado. Esta interpretación es coherente con lo que establece el artículo 492 inciso 1 del nuevo Código Procesal Penal: “Las reglas establecidas en (9) esta sección **regirán para las medidas de seguridad privativas de la libertad en lo que sean aplicables**”. Al respecto, es pertinente señalar que en la sección aludida, el inciso 2 del artículo 490 establece lo siguiente: “Producida la captura, el juez de la investigación preparatoria, una vez que esté plenamente acreditada la identidad del condenado, **realizará el computo de la pena, descontando de ser el caso el tiempo de detención, prisión preventiva (...) que hubiera cumplido (...)**”

VIII. EL INTERNAMIENTO PREVIO

Es una medida especial que carece de antecedentes en el Derecho Procesal Penal Nacional. Su naturaleza queda definida por su objetivo que es profundizar la investigación pericial del estado de imputabilidad de un procesado. El internamiento previo está regulado en el artículo 294. Pese a su novedad, los autores nacionales no se han ocupado de ella¹⁰.

9 Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda edición. Grijley. Lima, 2006. Págs. 1077 a 1081.

10 Cfr. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DÍAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fany Soledad (compiladores). *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra. Lima, 2005. Ver sumario de contenidos.

Conforme a lo estipulado, en el citado artículo, los peritos pueden solicitarle al juez de la investigación preparatoria, mediante un informe motivado, que se disponga el internamiento previo del procesado en un hospital psiquiátrico del Estado, con la finalidad de practicarle exámenes complementarios necesarios para emitir un dictamen sustentado sobre condiciones síquicas.

Formulado el pedido, la autoridad judicial citará a las partes para debatir y resolver el pedido. Si el juez se decide a favor del internamiento previo, este se ejecutará; sin embargo, el mismo **no podrá durar más de un mes**. La ley no alude a ninguna posibilidad de prórroga, lo cual resulta acertado ya que el límite fijado es bastante razonable para el carácter complementario de las pruebas que deben realizarse.

Los requisitos formales para la procedencia del internamiento previo son algo similares a los de la internación preventiva. En tal sentido, se requiere lo siguiente:

1. La existencia de elementos de convicción razonables sobre la comisión del hecho punible.
2. Que el dictamen pericial que ha de emitirse resulte proporcional y trascendente para el caso *sub judice*, esto es, se debe justificar la necesidad del internamiento previo que implica materialmente una restricción grave de la libertad ambulatoria del procesado. En coherencia con ello, debe fundarse debidamente su necesidad y relevancia en las conclusiones finales del informe pericial. No lo establece la ley, pero somos de opinión que el imputado y su defensa podrían discutir en la audiencia la conveniencia del internamiento apoyándose también en el parecer técnico de otros peritos.
3. Que sea probable la aplicación al imputado de una pena grave o de una medida de seguridad de internación.

Consideramos, en atención a lo expuesto, al tratar de la internación preventiva, que de ser impuesta una pena o una medida de internación **el tiempo utilizado en el internamiento previo debe ser descontado del plazo de cumplimiento de la sanción aplicada**.

IX. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

Luego de evaluar lo concerniente a la medida de seguridad de internación y a su relación con el nuevo Código Procesal Penal, consideramos pertinente formular las siguientes conclusiones preliminares:



1. Los aportes normativos que contempla el Código Procesal de 2004 son muy trascendentes, sobre todo, porque con ellos se cubren significativos vacíos y omisiones de la legislación nacional, lo cual será determinante para viabilizar en el futuro la correcta aplicación judicial de las medidas de seguridad de internación.
2. El proceso de seguridad ofrece un procedimiento garantista y humano a los inimputables que afrontan una imputación penal y que pueden ser sujetos de una medida de internación.
3. Sería recomendable que a través de una ley de enmiendas parciales al Código de procedimientos Penales o con una norma general de transición hacia la vigencia total de Código Procesal Penal en los distintos Distritos Judiciales del país, se habilitara el uso inmediato del proceso de seguridad y de la medida de internación preventiva.
4. Es necesario fomentar la capacitación de los operadores jurídicos en la aplicación de las medidas de seguridad de internación y del nuevo procedimiento de seguridad.

SECCIÓN IV
PROCESO POR DELITO DE EJERCICIO PRIVADO
DE LA ACCIÓN PENAL

Artículo 459. Querrela

1. *En los delitos sujetos a ejercicio privado de la acción penal, el directamente ofendido por el delito formulará querrela, por sí o por su representante legal, nombrado con las facultades especiales establecidas por el Código Procesal Civil, ante el Juzgado Penal Unipersonal.*
2. *El directamente ofendido por el delito se constituirá en querellante particular. La querrela que formule cumplirá con los requisitos establecidos en el artículo 109, con precisión de los datos identificatorios y del domicilio del querrelado.*
3. *Al escrito de querrela se acompañará copias del mismo para cada querrelado y, en su caso, del poder correspondiente.*

Artículo 460. Control de Admisibilidad

1. *Si el Juez considera que la querrela no es clara o está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro de tercer día, aclare o subsane la omisión respecto a los puntos que señale. Si el querellante no lo hiciere, se expedirá resolución dando por no presentada la querrela y ordenando su archivo definitivo.*
2. *Consentida o ejecutoriada esta resolución, se prohíbe renovar querrela sobre el mismo hecho punible.*
3. *El Juez, por auto especialmente motivado, podrá rechazar de plano la querrela cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito, o la acción esté evidentemente prescrita, o verse sobre hechos punibles de acción pública.*

Artículo 461. Investigación preliminar

1. *Cuando se ignore el nombre o domicilio de la persona contra quien se quiere dirigir la querrela, o cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito fuere imprescindible llevar a cabo una investigación preliminar, el querellante solicitará al Juez en su escrito de querrela su inmediata realización, indicando las medidas pertinentes que deben adoptarse. El Juez Penal, si correspondiere, ordenará a la Policía Nacional la realización de la investigación en los términos solicitados por el querellante, fijando el plazo correspondiente, con conocimiento del Ministerio Público.*
2. *La Policía Nacional elevará al Juez Penal un Informe Policial dando cuenta del resultado de la investigación preliminar ordenada.*



El querellante, una vez notificado de la recepción del documento policial, deberá completar la querrela dentro del quinto día de notificado. Si no lo hiciera oportunamente caducará el derecho de ejercer la acción penal.

Artículo 462. Auto de citación a juicio y audiencia

1. *Si la querrela reúne los requisitos de Ley, el Juez Penal expedirá auto admisorio de la instancia y correrá traslado al querellado por el plazo de cinco días hábiles, para que conteste y ofrezca la prueba que corresponda. Se acompañará a la indicada resolución, copia de la querrela y de sus recaudos.*
2. *Vencido el plazo de contestación, producida o no la contestación, se dictará el auto de citación a juicio. La audiencia deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta.*
3. *Instalada la audiencia se instará a las partes, en sesión privada, a que concilien y logren un acuerdo. Si no es posible la conciliación, sin perjuicio de dejar constancia en el acta de las razones de su no aceptación, continuará la audiencia en acto público, siguiendo en lo pertinente las reglas del juicio oral. El querellante particular tendrá las facultades y obligaciones del Ministerio Público, sin perjuicio de poder ser interrogado.*
4. *Los medios de defensa que se aleguen en el escrito de contestación o en el curso del juicio oral se resolverán conjuntamente en la sentencia.*
5. *Si el querellante, injustificadamente, no asiste a la audiencia o se ausente durante su desarrollo, se sobreseerá la causa.*

Artículo 463. Medidas de coerción personal

1. *únicamente podrá dictarse contra el querellado la medida de comparecencia, simple o restrictiva, según el caso. Las restricciones sólo se impondrán si existen fundamentos razonables de peligro de fuga o de entorpecimiento de la actividad probatoria.*
2. *Si el querellado, debidamente notificado, no asiste al juicio oral o se ausente durante su desarrollo, se le declarará reo contumaz y se dispondrá su conducción compulsiva, reservándose el proceso hasta que sea habido.*

Artículo 464. Abandono y desistimiento

1. *La inactividad procesal durante tres meses, produce el abandono del proceso, que será declarado de oficio.*
2. *En cualquier estado del proceso, el querellante puede desistirse o transigir.*
3. *El que se ha desistido de una querrela o la ha abandonado, no podrá intentarla de nuevo.*



Artículo 465. Muerte o incapacidad del querellante

Muerto o incapacitado el querellante antes de concluir el juicio oral, cualquiera de sus herederos podrá asumir el carácter de querellante particular, si comparecen dentro de los treinta días siguientes de la muerte o incapacidad.

Artículo 466. Recursos

1. *Contra la sentencia procede recurso de apelación. Rigen las reglas comunes para la admisión y trámite del citado recurso.*
2. *Contra la sentencia de la Sala Penal Superior no procede recurso alguno.*

Artículo 467. Publicación o lectura de la sentencia

En los delitos contra el honor cometidos mediante la palabra oral o escrita o la imagen por cualquier medio de comunicación social, a solicitud del querellante particular y a costa del sentenciado, podrá ordenarse la publicación o lectura, según el caso, de las sentencias condenatorias firmes.

COMENTARIO:

EJERCICIO PRIVADO DE LA ACCIÓN PENAL EN LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 2004

RAÚL ERNESTO MARTÍNEZ HUAMÁN*

I. INTRODUCCIÓN

Son casi cinco años desde que el nuevo modelo procesal penal, de corte acusatorio, viene aplicándose en el Perú, dando resultados satisfactorios¹. Dicho modelo se estructura, básicamente, sobre el triángulo juez, fiscal e imputado, los cuales cumplen un rol específico y excluyente: El fiscal se encarga de la investigación y, en base al resultado de la misma, de acusar o no; el imputado, a través de su defensa técnica, y bajo una serie de derechos y

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Integrante de la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. Miembro del Instituto de Ciencias Penales *Cesare Beccaria*.

1 Véase el informe realizado por la Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal. *La reforma procesal penal peruana (2006-2010). Hacia una justicia rápida y transparente*. MINJUS, Mayo de 2011. Asimismo, el informe *La reforma procesal penal en cifras. Una nueva visión de justicia (2007-2009)*. Corte Superior de La Libertad, Febrero 2010.

garantías, se defiende de la imputación penal; y, finalmente, el juez tiene el deber de resolver el conflicto penal de manera imparcial, en base a la información brindada por los sujetos procesales. Sin embargo, esta tricotomía no se plasma en el proceso penal especial de ejercicio privado de la acción penal (*privatklageverfahren*)². Donde la persecución penal de determinados delitos se encuentra reservada a la víctima³. A dichos delitos se les denomina *delitos privados* al depender su persecución penal de la víctima (*privatklagedelikten*), y no ya del fiscal, excluyendo así su intervención en este tipo de delitos⁴. No hay que olvidar, conforme señala María Inés HORVITZ LENNON, que “de todo delito nace una acción penal para su persecución procesal”⁵. En el Perú, tradicionalmente, para iniciar y tramitar la persecución penal, la víctima debe interponer la *querrela* respectiva, ya que a través de dicho acto la víctima –de forma exclusiva– concretiza su interés de perseguir y sancionar el delito⁶, es decir, que el Ministerio Público se encuentra privado de toda intervención en este tipo de proceso⁷.

- 2 Considero que ello se debe, principalmente, al cambio del papel de la víctima en el proceso penal tras el ingreso del fiscal, pues antes de ello la víctima se encargaba de la acusación de todos los delitos, tal como señala Joachim HERRMANN, la posición de las víctimas en el proceso penal -alemán- ha evolucionado a lo largo de los siglos de forma crucial. Así pues en un inicio la víctima contaba con más derechos en la intervención del proceso penal, siendo que con la entrada al proceso penal inquisitivo se perdió de forma considerable, limitando su papel -en la mayoría de casos- a simple denunciante. En *Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht. Eine unendliche Geschichte* (La evolución de la protección de la víctima en el Derecho Penal y Derecho Procesal Penal alemán. Una historia de nunca acabar). ZIS 3/2010. www.zis-online.com p. 1.
- 3 TALAVERA ELGUERA, Pablo. "Los procesos especiales en el nuevo Código Procesal Penal". En *selección de lecturas del INCIPP*, p. 525. También CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. T III, Buenos Aires, Rubinzal - Cálzoni Editores. 1998, p. 351.
- 4 Vide TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 525.
- 5 HORVITZ LENNON, María Inés y otro. *Derecho Procesal Penal chileno*. T. II, Editorial Jurídica de Chile. 2004, p. 333.
- 6 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual el nuevo sistema procesal penal*. 3ra ed. Lexis Nexis. 2005, p. 265. Cfr. HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 336.
- 7 A diferencia de lo que ocurre en Alemania, donde el Fiscal sí puede intervenir en el proceso y apropiarse de la persecución penal. Así, por ejemplo, el Ministerio Público puede ejercer una acción penal, en principio privada, cuando exista un interés público comprometido o la paz jurídica general es alterada (§376 y el §377 de la Strafprozeßordnung-StPO-). Tal situación podría ocurrir, por ejemplo, en las injurias dirigidas a un círculo de personas o por motivos racistas. En estos casos, el Ministerio Público puede no solo iniciar el correspondiente procedimiento penal, sino también tomar en sus manos un procedimiento de acción privada ya iniciado; sin embargo el ofendido no se encuentra completamente desplazado, sino que puede intervenir como querellante adhesivo (§395).

En el Perú, los delitos perseguibles mediante ejercicio privado de la acción penal son: 1) Lesiones culposas –*Fahrlässige Körperverletzung*– (artículo 124, primer párrafo del CP); 2) Injuria –*Beleidigung*– (artículo 130 CP); 3) Calumnia –*Verleumdung*– (artículo 131 CP); 4) Difamación –*Üble Nachrede*– (artículo 132 CP); y, 5) delitos de violación de la intimidad –*Verletzung des Privatleben*– (artículo 158 CP)⁸. El legislador ha escogido estos delitos por la poca gravosidad social del acto⁹, siendo que dichos delitos afectan de manera directa al agraviado.

Véase a ESER, Albin. *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales (Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren. Nationale und international Tendenzen)*, en *De los Delitos y las víctimas*. Ed. Ad Hoc. Compilador J. Maier. Buenos Aires, 1992. pp.21-22. En Chile sucede algo similar pues la víctima tiene la posibilidad –como querellante– de forzar la continuación del proceso penal en determinados casos. Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 538.

- 8 En la legislación comparada los delitos privados se diferencian de los del Perú, así tenemos que en Chile son: La calumnia, la injuria, la falta, provocación a duelo, el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, el matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de la persona designada por ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo. En México los delitos privados son: ciertas hipótesis de lesiones, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, amenazas, robo de uso, despojo, revelación de secretos industriales y aquellos contra la propiedad industrial. En Bolivia: el giro de cheque en descubierto, giro defectuoso de cheque, desvío de clientela, corrupción de dependientes, apropiación indebida, abuso de confianza, los delitos contra el honor, destrucción de cosas propias para defraudar, defraudación de servicios o alimentos, daño simple. En Paraguay: maltrato físico, lesión culposa, amenaza, tratamiento médico sin consentimiento, violación de domicilio, lesión a la intimidad, violación del secreto de comunicación, calumnia, difamación, injuria, daño, violación del derecho de autor o inventor. En Ecuador: el estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, la injuria calumniosa y la no calumniosa grave, daños, usurpación, el atentado al pudor de un mayor de edad. En Alemania, los delitos perseguibles mediante acusación privada son: violación de domicilio (§123 del Strafgesetzbuch-StGB), injurias (§185/189 StGB), violación del secreto postal (§202 StGB), lesiones corporales (§223, 224 y 229 StGB), amenazas (§241 StGB), daño (§303 StGB), delitos relativos a la competencia empresarial, así como infracciones al derecho de patentes, de autor, de registros de marcas, de registro de diseños gráficos para el consumo o la moda.
- 9 Véase a MIXAN MASS, Florencio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones jurídicas, Lima, 2006. “Solo pueden encontrarse razones para su fundamentación, en aquellos delitos en los cuales el interés público lesionado es de poca importancia, prevaleciendo en cambio el interés del damnificado”, p. 101. Cfr. ESER. Albin. Ob. cit. al señalar a los delitos como comparativamente “inofensivos”, p. 19. Cfr. NORIEGA HURTADO, Eduardo. *¿Que hacer con la acción penal privada?* En *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales - INACIPE*. N° 6, 4ta Época Noviembre - Diciembre 2008. “[...] Los delitos a los que se aplique tendrán que ser aquellos en que sea menor el reproche social”, p. 95.



Asimismo, existen también los delitos semipúblicos o dependientes de denuncia penal de la víctima (*Antragsdelikten*); y, por otro lado, los delitos de ejercicio público de la acción penal (*Offizialdelikten*) donde el delito genera una desestabilización de las expectativas normativas –básicas– de la sociedad¹⁰, en el que el Ministerio Público impulsa el procedimiento, afirmando un interés público en su persecución¹¹.

Lo que el legislador ha querido con el proceso especial analizado es conferir atribuciones a la víctima a fin de determinar la persecución penal o no del hecho delictuoso, lo que determina una cierta << privatización >> de estos procesos, pese a su naturaleza penal¹². Cabe señalar que el Código del 40' posibilitaba la intervención del Fiscal para los delitos de injuria, calumnia y difamación siempre que los mismos se hayan realizado a través de medios de comunicación; sin embargo su actuación se limitaba, a nivel de la Fiscalía Suprema, a un auxiliar ilustrativo¹³.

Las características del proceso especial por delito de ejercicio privado de la acción penal son:

1. Exclusión total de la intervención del Ministerio Público, y la potestad absoluta del querellante para la persecución penal¹⁴;
2. Posibilidad de extinción de la responsabilidad penal mediante perdón del ofendido o de su representante legal¹⁵;
3. Admisión de la renuncia –abandono o desistimiento tácito– al ejercicio de la acción penal como modo de extinción de la misma¹⁶; y
4. El acusador privado no tiene el deber de perseguir el delito¹⁷, ni el deber de imparcialidad.

Si bien este proceso especial contiene una serie de características, no quiere decir que esté enmarcado, de forma genérica, en principios distintos

10 Véase MARTÍNEZ HUAMAN, Raúl Ernesto. *El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica*. RAE jurisprudencia, T. 18, Diciembre - año 2. 2009, p. 333 y ss.

11 Vide ESER, Albin. Ob. cit., p. 20.

12 Véase GIMENO SENDRA, Vicente y AAVV. *El proceso penal. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*. T. 6. Ed. Bosch, p. 663.

13 Véase SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2da Ed. T. II. Grijley, 2006, p. 1373.

14 CÁRDENAS RUIZ, Marco A. *Apuntes jurídicos sobre la querrela*. www.derechoycambiosocial.com p.3

15 Vide GIMENO SENDRA, Vicente y AAVV. Ob. cit., p. 663.

16 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1737.

17 Véase ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2003, p. 526.



al de un proceso común, pues no cabe duda que uno de los pilares del proceso penal moderno es el enmarcarse dentro las garantías fundamentales del imputado recogidos en nuestra Carta Magna, así como en los distintos tratados internacionales firmados por el Perú. Por ello, en caso este proceso especial no cuente con un dispositivo normativo específico para la regulación de un determinado acto procesal, se tendrá que recurrir a la normativa procesal general¹⁸. En ese sentido, resulta errada la concepción de un sector de la doctrina al considerar a este proceso especial como un proceso de partes –un adversarial puro–, pues propiamente no es un proceso de partes¹⁹, ya que está en juego, como todo delito, un interés relevante socialmente²⁰. Este proceso especial es un proceso enmarcado en el modelo acusatorio mixto, solo que el Estado ha limitado su pretensión punitiva al interés de la víctima²¹, quedando en su potestad establecer dentro del marco de un proceso con todas las garantías la sanción penal en base al grado de responsabilidad penal derivado de la actuación probatoria que permita, en grado de certeza, establecer la verdad procesal de los hechos. Como señala el profesor alemán Bernd SCHÜNEMANN, el “principio central y fundamental de un procedimiento penal continental europeo [son]: la verdad material y el deber judicial de esclarecimiento de los hechos²².” En ese sentido, el Juez Penal, en su posición de garante de los derechos del imputado, puede sobreseer la causa penal de oficio –a través de una

18 En este sentido, TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 514. Asimismo, SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. “Los Procesos Especiales en el Código Procesal Penal del 2004”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta jurídica. Lima, N° 130. Año 15. Julio 2009. Al señalar que “Todos los procesos que no tienen ese carácter general del proceso ordinario, en caso de la existencia de alguna laguna en su regulación legal tienen que remontarse a este proceso ordinario, pues la estructura de estos procesos especiales depende del de aquel. Como se vera, las estructuras de los procesos especiales toman como referencia el proceso ordinario o común, así en la terminación anticipada se da la etapa de investigación pero no la etapa intermedia, ni de juicio aunque si la sentencia”, p. 253.

19 Vide ROXIN, Claus. Ob. cit. al señalar que “no es un verdadero procedimiento de partes [el acusador privado] debe reunir, con responsabilidad propia, el material fáctico que contribuye a fundar su sentencia”, p. 526.

20 Véase MARTINEZ HUAMAN, Raul Ernesto. “La etapa intermedia dentro de la lógica del sistema acusatorio del nuevo Código Procesal Penal”. En *Manual del Código Procesal Penal*. Lima, Ed. Gaceta Jurídica. 2011, p. 143.

21 Así CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 353.

22 Véase SCHÜNEMANN, Bernd. “Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global”. *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Vol 25, N° 76 (2004). Bogotá, Universidad del Externado, p. 184. <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpen/article/view/1034>.



excepción— si considera que los hechos imputados no son configurativos de un ilícito penal²³.

II. LA QUERELLA

La querella es el *mecanismo procesal*²⁴ por medio del cual la víctima de un delito privado expone ante el juez penal competente su pretensión de perseguir judicialmente un hecho presuntamente ilícito imputable a una determinada persona, accionando así la maquinaria judicial²⁵, a fin de que se lo sancione penalmente y civilmente²⁶. A diferencia de lo que sucede en el proceso común, este proceso especial se apertura con la emisión de la querella, y no ya con la denuncia²⁷. Sin embargo, esta querella tiene una connotación muy distinta a la de la simple denuncia; pues, más bien, tiene un símil con la acusación. Como señala Jorge CLARIÁ OLMEDO, “la querella del particular inicia directamente la persecución en sede jurisdiccional y *contiene la acusación formulada* contra el perseguido [querellado]. *Ab initio* se tiene ya la base del juicio²⁸.” En ese sentido, con la querella la víctima —privatkläger—, o en su lugar el representante legal, comunica al juez penal su decisión de perseguir el delito, y en la mayoría de casos, en base al material obtenido por el mismo, y su pretensión de lograr la emisión de una sentencia condenatoria en contra del querellado —Beklagte—. Como señala Cesar SAN MARTÍN, la querella es

23 Vide ROXIN, Claus. Al citar el §383 StPO. p.527. Asimismo, MARTINEZ HUAMAN, RAUL ERNESTO. Ob. cit., p. 144.

24 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Señala el autor que se le llamaba [en el Código del 40'] impropia-mente procedimiento de querella. Ob. cit., p. 258. Cuando la querella propia-mente es el mecanismo, mas no el procedimiento.

25 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit. “El sujeto pasivo de la acción penal es siempre el Estado.” p. 312. Cfr. CÁRDENAS RUIZ, Marco A. Ob. cit., p. 2.

26 En este sentido, SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit. “La querella de la víctima significa no solo poner en conocimiento de la autoridad judicial la comisión de un hecho delictivo en su agravio sino la voluntad de perseguirlo y lograr la sanción del presunto responsable”, p. 259.

27 GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. *Procedimientos especiales. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004*. Guía práctica 4. 2010. “[...] En el ejercicio privado de la acción penal ya no se habla de denuncia sino de querella”, p. 107.

28 Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 352. Quien señala que el querellante puede sollicitar en otra vía el pago de la reparación civil, lo cual consideramos correcto, ya que como en todo proceso penal lo más relevante es la pretensión punitiva, pues lo que esta en juego son la vigencia de las expectativas de conductas institucionalizadas, y no la reparación del daño causado; sin embargo, como se señalará más adelante, el CPP en su artículo 107 establece que la pretensión punitiva irá siempre acompañado de la pretensión resarcitoria.

un *presupuesto de perseguibilidad* procesal para los delitos privados²⁹. Cabe señalar, que lo central de la querella, como en la acusación, es la pretensión punitiva; sin embargo, el legislador ha considerado que también debe configurar la pretensión resarcitoria, conforme el artículo 107 del CPP: “[...] el ofendido podrá instar ante el órgano jurisdiccional, **siempre conjuntamente, la sanción penal y pago de la reparación civil**”. Por tanto, el querellado queda imposibilitado de recurrir vía civil para la obtención de la respectiva reparación civil³⁰.

2.1. Admisibilidad de la Querella

Conforme lo señalado, la querella solo podrá ser interpuesta por quien estuviera habilitado³¹ (la víctima o su representante legal). En caso fuese su representante legal, conforme señala el artículo 109.2 del CPP, dicho representante o apoderado deberá ser designado especialmente para tal efecto, es decir, debe estar legitimado por un poder especial, el mismo que deberá ser consignado en la querella a fin de que el querellado pueda realizar un control sobre la legitimidad del poder³².

La querella deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 108 del CPP, bajo sanción de inadmisibilidad³³. Dichos requisitos son los siguientes:

- 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;

29 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1374.

30 En un sentido similar la legislación argentina. Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 353.

31 Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit. Conforme al artículo 400 CPP chileno, el procedimiento solo podrá comenzar con la interposición de la querella por quien estuviere habilitado para promover la acción penal. Esto es, por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario (artículos 55 y 111 inciso 1 CPP chileno), p. 543. Cfr. CAROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 266.

32 En este sentido CÁRDENAS RUIZ, Marco A. Ob. cit., p. 4.

33 Señala Florencio MIXAN MASS que “Estos requisitos de procedibilidad no son presupuestos de punibilidad, pues no condicionan la pena sino verificación del proceso”. Ob. cit., p. 101.



- 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.

No es posible que la querrela sea declarada inadmisiblesi la misma se encuentra en concurso con otro delito, como, por ejemplo, el delito de calumnia con el delito de falsa denuncia o denuncia calumniosa, esto debido a la distinta naturaleza de los delitos, y a los presupuestos procesales exigidos para cada cual³⁴; aquí cada delito tendrá que ser perseguido por distinta vía procedimental penal.

Como se señalara líneas antes, consideramos que al ser la querrela un mecanismo similar al de la acusación, el mismo –de forma genérica– debe cumplir, además de los requisitos nombrados, con los establecidos para la acusación³⁵, como, por ejemplo, se tiene que establecer el grado de participación de los querrelados, entre otros establecidos en el artículo 349 del CPP. Asimismo, señala el artículo 459 del CPP que la querrela deberá estar acompañada de tantas copias como querrelados existieran.

Ahora bien, una vez recepcionada la querrela por el Juez Unipersonal, éste se encarga de realizar el control de admisibilidad de la querrela, establecer si la misma cumple con los requisitos establecidos por el CPP, y conforme a lo señalado en el artículo 460 del CPP³⁶. Al respecto cabe señalar que el Código establece que este control de admisibilidad será realizado por el Juez Penal en su despacho, sin intervención del querrelado, pues hasta ese momento el querrelado no se tiene por notificado y por ende informado de la posible persecución penal en su contra. Sin embargo, consideramos que desde el momento mismo en que a una persona se le imputa la comisión de un ilícito penal tiene el derecho de intervenir a fin de defenderse de dicha imputación.

Por ello, consideramos que debería realizarse un control por parte del querrelado ante tal pretensión de la víctima, y que para dicho control debería realizarse una audiencia³⁷. Más aún si el artículo 460 en su pá-

34 Vide TALAVERA ELGUERA, Pablo. Ob. cit., p. 525.

35 En un sentido similar Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit. “La querrela similar a una acusación, y por ende más elaborado que una simple denuncia”, p. 544.

36 CAMPOS BARRANZUELA, Edhín. *Buenas prácticas procesales en los delitos contra el honor*, p. 9, en www.lozavalos.com.pe.

37 Consideramos que la audiencia permite concretizar los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que permiten al Juez tomar una decisión más elaborada. La audiencia es una de las características más representativas del nuevo diseño del Sistema de

rrafo 3 establece que el Juez Unipersonal puede rechazar de plano la querrela, en su rol de garante, cuando sea manifiesto que el hecho no constituye delito, o la acción esté evidentemente prescrita, o verse sobre hechos punibles de acción pública, donde el querellado podría brindar información sobre cualquiera de estos supuestos. Consideramos que si bien el Juez podría realizar este control, se estaría limitando al querellado a defenderse en este nivel, a fin de poder establecer que la querrela es inadmisibile de plano.

Por otro lado, señala el artículo 460, que si el Juez considera que la querrela no es clara o está incompleta, dispondrá que el querellante particular, dentro de tercer día, aclare o subsane la omisión respecto a los puntos que señale. Si el querellante no lo hiciere, se expedirá resolución dando por no presentada la querrela y ordenando su archivo definitivo. Asimismo, una vez consentida o ejecutoriada esta resolución, se *prohíbe renovar* la querrela sobre el mismo hecho punible. Al respecto se ha generado un debate en cuanto a la interpretación de este último párrafo, pues se considera que en caso el querellante no hubiese subsanado en el plazo legalmente establecido (tercer día) se tendría por no presentada la querrela, ordenando su archivo, decisión firme que goza de los efectos de la cosa juzgada³⁸. Al respecto, consideramos que este archivo no obtiene la calidad de cosa juzgada³⁹, así ya lo ha señalado la Sala de Apelación de la Corte Superior de Ica, en el Exp. Nro. 2010-003-01401-JR-PE-01, proceso por los delitos de Injuria y Difamación, 3 de febrero de 2010. En dicho expediente, el A-quo ordenó, al no haber subsanado el querellante los requisitos establecidos por ley, el archivo definitivo de la causa, gozando la misma de los efectos de la cosa juzgada; sin embargo, la Sala de Apelaciones, haciendo un símil con el Auto Apertorio de Instrucción del Código del 40', siguió lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el *Exp. N° 3789-2005-PHC/TC*: “[...] la pretensión del actor radica en que este Tribunal le asigne al auto de no ha lugar a la apertura de instrucción, carácter de cosa juzgada, calidad

Justicia Penal peruana traída por la reforma procesal penal. Cfr. ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Las garantías constitucionales del debido proceso en el nuevo Código Procesal Penal*. www.oreguardia.com.pe p. 8.

38 Primer Juzgado Unipersonal de Ica, Exp. N° 2542-2009, resolución N° 1, de fecha 8 de enero de 2010.

39 Véase BOCHUM, Serwe, quien señala que si se rechaza la acusación privada, el querellante puede solicitarla nuevamente, siempre condicionado al aporte de nuevas pruebas. En *Aufsätze Privatklageverfahren*. www.schiedsamt.de.



de la que no goza la resolución judicial mencionada, toda vez que las situaciones jurídicas allí declaradas carecen de la firmeza e intangibilidad que caracteriza al principio de inmutabilidad, el cual es atributo esencial de la cosa juzgada". Pues, solo adquiere el requisito de la cosa juzgada y como tal oponible a una nueva pretensión de proceso, aquel auto que deniega la apertura de instrucción amparado en un pronunciamiento de fondo y sujeto a contradictorio en segunda instancia. Así, la Sala de Apelaciones de Ica consideró "que esta afirmación [la de primera instancia] constituye un error, pues lo que señala la norma 460.2 [del CPP], no es como lo ha entendido el A-quo, en el caso concreto; es decir, la norma (460.2) no asume que el rechazo de la demanda liminarmente es cosa juzgada." Para finalmente señalar: "[...] consideramos, que este órgano jurisdiccional no puede renunciar a la facultad de administración [de] justicia que le asigna el artículo 138 de la Constitución, sobre la base de una interpretación literal y restrictiva del artículo 460.2 del Código Procesal Penal, por lo que hace necesario declarar la nulidad de la resolución recurrida y disponer que el A-quo proceda a emitir nueva resolución, calificando la demanda en el sentido que corresponda."

Otro problema que se ha encontrado, en esta fase del proceso especial, es el pertinente a que sí una vez realizado el control de la Sala de Apelaciones sobre la admisibilidad de la querrela, se establecería que el Juzgado Unipersonal que resolvió la inadmisibilidad de la querrela deba –en caso el Ad-quem hubiese resuelto que se admita a trámite la querrela– encargarse del proceso. Al respecto, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Piura⁴⁰ estableció que "[...] Otro Juez Unipersonal conozca la causa, porque él, primero ya había adelantado opinión". Al respecto no consideramos del todo acertado el criterio asumido por el Ad-quem; pues, el mismo A-quo al realizar el control de admisibilidad, y al admitirla, también conoce del proceso y por ello también estaría "contaminado". Lo que propiamente ocurre es que la misma estructura especial de este procedimiento, que sea el Juez Unipersonal el encargado de realizar un control sobre la querrela y llevar a su vez el juicio, genera esta problemática. Ya Claus ROXIN señaló, para el caso alemán donde el juez que realiza el control de la acusación es el mismo que se encarga del juicio, genera serios cuestionamientos: "[...] el *valor* del procedimiento intermedio ha sido siempre cuestionado. El argumento principal de sus enemigos reside en que, en caso de una decisión posi-

40 Conforme lo señala Edhin CAMPOS BARRANZUELA. Ob. cit., p. 11.



tiva, el tribunal (por lo menos exteriormente) concurre con prejuicios al juicio oral, pues ya con el auto de apertura ha declarado al acusado suficientemente sospechoso de la comisión del hecho punible⁴¹. Empero, no hay que olvidar que uno de los desarrollos más importantes del nuevo modelo procesal penal es la etapa intermedia⁴², la misma que ha permitido que el juez que realiza el control sobre la acusación –querrela–, no sea el mismo que el juez de juicio. Por ello, lo más conveniente hubiese sido que sea otro juez el encargado de realizar el control de admisibilidad de la querrela, a fin de que el juez de juzgamiento no se encuentre –objetivamente– parcializado⁴³.

Por otro lado, en la querrela, también se tendrá que establecer, en caso sea necesario para el desarrollo del proceso, la solicitud de alguna medida de coerción personal contra el querrellado. Así, el artículo 463 del CPP establece que el Juez podrá dictar la medida de comparecencia simple o restrictiva, mas no podrá dictar una medida de prisión preventiva. Ello en vista a lo estipulado en el artículo 268 del CPP, que señala que la medida de prisión preventiva solo será aplicable a aquellos delitos en los cuales la sanción a imponerse sea superior a cuatro años, lo que no ocurre con los delitos privados, los cuales no llegan a superar en su extremo máximo de pena los cuatro años. Ello además, porque la prisión preventiva solo resulta acertada para delitos de un alto grado de desestabilización de las expectativas sociales, y por supuesto, bajo determinados requisitos⁴⁴, resultando u exagerada su aplicación para los delitos de persecución privada⁴⁵.

III. INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Una característica distintiva del proceso especial de ejercicio privado de la acción penal es la ausencia, como regla, de la etapa de investigación pre-

41 Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 347 y 348.

42 Vide MARTINEZ HUAMAN, Raúl Ernesto. Ob. cit., p. 135.

43 Para el caso concreto de la querrela Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. Cit. “[...] este tribunal carece de imparcialidad en el juzgamiento del delito si ha debido intervenir en etapas previas del mismo [fase de investigación preliminar]”, p. 541.

44 Sobre las medidas cautelares personales, y específicamente la prisión preventiva, véase a Arsenio ORÉ GUARDIA. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. www.incipp.com

45 Cabe señalar que en determinados Estados de Argentina sí se puede aplicar la prisión preventiva para los casos de delitos de ejercicio privado de la acción penal. Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 358.



paratoria⁴⁶, lo normal es que el querellado, al interponer la querella, haya anexado sus elementos de prueba a fin de que los mismos sean admitidos para el juicio. Sin embargo, el artículo 461 del CPP concede la posibilidad de una etapa preliminar de investigación en el proceso de ejercicio privado de la acción penal, a fin de que se obtenga el nombre o domicilio de la persona querellada, o cuando para describir clara, precisa y circunstanciadamente el delito, dicha investigación fuese necesaria, siempre que el querellante lo solicitara en su querella⁴⁷. María Inés HORVITZ LENNON⁴⁸ es crítica con la posibilidad de investigación por otro sujeto que no sea el Ministerio Público, pues señala que la norma constitucional atribuye la exclusividad de la investigación del delito al Ministerio Público, sin efectuar distinciones, situación similar a lo que sucede con el artículo 159.4 de nuestra Constitución Política. Resulta controvertido que el Juez Unipersonal tenga la posibilidad de vincularse con la investigación, pues será él el encargado de emitir, en caso sea admisible y procedente la querella, la sentencia sobre la acusación privada.

El CPP establece que dicho acto investigativo será realizado por la Policía Nacional en los términos que el querellado lo haya solicitado, fijándose un plazo respectivo. Asimismo, señala el artículo 461 del CPP que dicho acto investigativo será puesto en conocimiento al Ministerio Público. Para GIMENO SENDRA⁴⁹, los actos investigativos solo podrán ser practicados para diligencias de carácter urgente, a fin de comprobar de los hechos, sin embargo, el CPP no establece tal especificación.

Por otro lado, al ser el querellante el que a través de la querella hace que entre en funcionamiento el sistema de justicia penal, y al cumplir una función similar a la del Fiscal, tendrá que realizar actividades de investigación –en las que no es necesario solicitarlas al Juez– a fin de obtener los elementos probatorios suficientes para poder acreditar, de manera fehaciente, la realización del hecho delictivo y que la misma sea imputable al querellado. Sin embargo, esta carga, conforme lo señala Joachim HERRMANN, es un arma de doble filo

46 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *La ausencia total de un período preparatorio es, pues, la nota característica de este procedimiento*. Ob. cit., p. 352. Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 530.

47 Similar a lo que sucede en la legislación chilena. Así señala María HORVITZ que el querellante tiene la posibilidad de solicitar su práctica [de elementos de prueba] al juez de garantía quien, a su vez, deberá disponer la realización de las diligencias solicitadas a la policía. Ob. cit., p. 546. Criticó con dicha actividad Alex CAROCCA PÉREZ. Ob. cit. *Debería ser el mismo querellante quien debe procurarse sus elementos de prueba*, p. 266.

48 Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 546.

49 Vide GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 670.



para el acusador privado, debido a los costos –recolección de los medios de prueba– y tiempo considerables que toma una acusación privada⁵⁰.

Una vez realizado el acto investigativo por la policía, esta elevará un informe al Juez Unipersonal señalando los resultados de la investigación. El Juez notificará este resultado al querellante a fin de que complete su querrela, el mismo que lo hará a más tardar al quinto día de la notificación. Si en caso no lo hiciere, caducará, conforme al artículo 144.1 del CPP, el derecho a ejercer la acción penal, pudiendo hacer valer su pretensión resarcitoria por la vía civil.

Ahora bien, el artículo 461 del CPP no señala la situación del futuro querrellado en dicha investigación. Sin embargo, conforme a las garantías que le son inherentes en su calidad de imputado, tiene derecho de defenderse desde el primer momento que se le imputa un hecho delictivo, conforme ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades⁵¹. Asimismo, consideramos que conforme el querellante tiene un tiempo para estructurar su querrela, así como la posibilidad de solicitar al Juez Unipersonal la realización de determinados actos investigativos, el querrellado –imputado– también debe gozar de un tiempo suficiente para realizar los actos investigativos necesarios para armar su defensa⁵². Consideramos al respecto, que si bien el CPP no faculta al imputado a realizar actos investigativos como los que se pueden realizar en el *codice di procedura penale*, conocido como las investigaciones defensivas⁵³, conforme al cual el defensor

50 Vide HERRMANN, Joachim. *Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht - Eine unendliche Geschichte*. ZIS 3/2010, p. 240. En un sentido similar Albin ESER. Ob. cit., p. 21.

51 Exp. N° 04799-2007-PHC/TC, Caso Manuel Jesús Áybar Marca. Exp. N° 01425-2008-PHC/TC, Caso Luis Grover González Gallardo.

52 Vide ORÉ GUARDIA, Arsenio. Ob. cit., p. 13.

53 Dadas a partir de la Ley N° 397/2000, del 7 de diciembre del 2000. Vide PEPINO, Livio. *Breve aproximación al sistema procesal italiano*. 2002. dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758345 p. 98. Por su lado, señala Giovanni CASO, que “junto a la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público y la Policía Judicial para la verificación de los hechos y recoger las pruebas en contra de la persona investigada, se introdujo en el código la “investigación defensiva”. Con tal ley se pretendió garantizar equidad entre el acusador y la defensa”. En *El sistema procesal penal italiano (ventajas y desventajas)*. 2003. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=72001203> p. 4 Cfr. Con Mirjan DAMASKA, quien señala que este tipo de normas, que a su entender tiene un origen angloamericano, generaría a sistemas de corte eurocontinental transformaciones sustanciales, pues deja de un lado el monopolio investigativo de los funcionarios estatales y autoriza a los abogados defensores llevar a cabo sus propias investigaciones, generando así in estilo genuino de contienda en etapas previas al juicio. *Aspectos globales de*

del imputado cuenta con la facultad de realizar investigaciones tendientes a encontrar e identificar elementos probatorios a favor de su defendido (adquirir documentos, acceder a sitios, examinar cosas, etc.) y pueden recibir declaraciones de personas que puedan referir circunstancias útiles para la investigación; el CPP sí debería darle al querellado la posibilidad de realizar determinados actos de investigación, pero por intermedio del juez penal. En general, brindar la posibilidad de contradecir en la fase investigativa las imputaciones realizadas en su contra⁵⁴. Así, señala Bernd SCHÜNEMANN, “[...] Para que el defensor pueda verificar los reparos que tenga, debe disponer de posibilidades propias de investigación. Sin embargo, cuando se lee actualmente en la bibliografía procesal penal, que el defensor debe tener derecho a realizar investigaciones por sí mismo, se desconoce por completo que la mera posibilidad de interrogar por sí mismo a los testigos no aporta nada, pues el testigo no está obligado a responder. Por consiguiente, siguiendo el modelo de la declaración *subpoena* norteamericana (es decir, bajo amenaza de pena), debe ser creada la posibilidad de que el defensor, con autorización judicial, pueda tomar declaración por sí mismo a testigos importantes que a su juicio hayan sido interrogados insuficientemente, y, a raíz de esas declaraciones, pueda apreciar con seguridad la fiabilidad del resultado de las investigaciones⁵⁵”.

Asimismo, el CPP no establece un plazo para la realización de la investigación preliminar, sin embargo, consideramos que las mismas no deben de exceder de los 120 días que se establecen para el caso de la investigación preparatoria, conforme al artículo 320 del CPP. Sin embargo, sería preferible que al momento que el juez penal ordene la investigación a la policía establezca un plazo, a fin de que el mismo pueda ser controlado por el querellado, en caso se le informe sobre la investigación realizada en su contra. En caso la policía no remita el informe en el plazo establecido, el querellado tendrá el derecho de solicitar al juez que la policía cumpla con remitir dicho informe. Volvemos a reiterar, si bien el ejercicio privado de la acción penal es un proceso especial, el mismo no puede limitar por ningún motivo las garantías que le

la reforma del proceso penal, en Sistema acusatorio y juicio oral. Bogotá, Ed. Jurídica de Colombia. 2009, p. 22.

54 Conforme lo señalado por Perfecto Andrés IBÁÑEZ “[...] la posibilidad de contradecir es una exigencia que, aunque en general ha estado solo asociada al momento del juicio verdadero y propio, es también necesaria -como garantía de calidad- en fase de investigación. En *Las garantías del imputado en el proceso penal*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf> p. 12.

55 Vide Bernd SCHÜNEMANN. Ob. cit., pp. 194-195.

son innatas a toda persona investigada, pues su posición de imputado de un delito no varía por el tipo de procedimiento en que se encuentre.

Somos de la posición que cuando el querellado considere oportuno realizar un procedimiento preliminar a fin de poder realizar las diligencias que considere importantes para el correcto desarrollo de su defensa se debería conceder su solicitud, pues al igual que el querellante tiene el derecho de contar con un tiempo suficiente para armar su defensa y realizar actos de investigación⁵⁶.

Conforme se señaló, una vez realizada la investigación policial y completado la querrela del acusador privado, el juez determinará la admisibilidad de la querrela⁵⁷, si la misma es admitida recién correrá traslado al imputado sobre la querrela puesta en su contra, éste contará con cinco días para contestar la querrela y presentar los medios de prueba que considere pertinente. Consideramos este acto totalmente contrario a las garantías de todo imputado, toda vez que recién en esta fase el querellado se enterará –formalmente– de que se le está persiguiendo por un delito y además que solo cuenta con cinco días para armar su defensa, cuando el querellante ha contado con un tiempo mucho mayor para realizar su querrela. Conforme señala Hans Koacjim HIRSCH⁵⁸, existe así una limitación en la “igualdad de armas procesal” entre el imputado y ofendido, pues podría conducir fácilmente a que los derechos del ofendido sean ampliados a costa de las garantías procesales del imputado. Finalmente, una vez vencido el plazo de contestación de la querrela, producida o no, el Juez Unipersonal emitirá auto de citación a juicio, el mismo que deberá celebrarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta⁵⁹. Cabe señalar, que la citación a juicio, debe realizarse directamente a las

56 Un crítica similar podríamos plantear al desarrollo de la *acusación directa* hecha por nuestra Corte Suprema en el acuerdo plenario No 06-2010/CJ-116, pues considera que la misma puede realizarse sin que el fiscal formalice la investigación preparatoria. Al respecto, consideramos que requisito necesario para pasar inmediatamente a la etapa intermedia es que el imputado conozca, a través de la formalización, que el Fiscal va a activar la maquinaria penal para perseguirlo por la supuesta comisión de un hecho delictivo, el mismo que le permite poder recién realizar su defensa en un tiempo que considere razonable, y no yendo directamente a la etapa intermedia sin posibilidad de contar con un tiempo justo para sus actos de defensa.

57 Véase BOCHUM, Serwe, al señalar que si el magistrado encuentra sospecha suficiente, abrirá procedimiento. En *Aufsätze Privatklageverfahren*. www.schiedsamt.de.

58 Vide HIRSCH, Hans Koacjim. Ob. cit., p. 100.

59 En Alemania, conforme § 383. II.1. el Juez tiene la posibilidad de sobreseer (Verfahrenseinstellung) la causa si la culpabilidad del autor es leve. Vide Claus ROXIN. Ob. cit., p. 531.

partes, sin perjuicio de notificar también a sus abogados, pues esto permitirá a las partes dar un poder especial expreso a terceros para ir a conciliar⁶⁰. Asimismo, debe comprender el apercibimiento correspondiente al querellante y al querellado, y en caso no concurra el querellado, en segunda citación, el apercibimiento de detención⁶¹.

IV. JUZGAMIENTO

La audiencia de juicio consta de dos partes: la primera es una sesión privada, mediante el cual el juez penal insta a las partes a conciliar y llegar a un acuerdo⁶², cabiendo la posibilidad de que las partes hallan llegado a un acuerdo de forma preliminar al juicio, y que la misma conste en un acta certificada notarialmente⁶³. Si los sujetos llegan a un acuerdo, el juez da por concluido el proceso, archivando lo actuado. Conforme al artículo 497.5 del CPP, el juez no impondrá las costas que del proceso se hayan derivado.

Sin embargo, si no se llegase a un acuerdo constará en acta, señalándose las razones de su fracaso. En caso no compareciera el querellante, lo hará incurrir en desistimiento (tácito), sobreseyendo la causa, y estableciéndose las costas respectivas. Cabe señalar que la audiencia de conciliación no puede ser considerada como condición de procedibilidad del proceso, pues el proceso ya está abierto, y la conciliación misma ya es un acto del proceso, frente a una querrela que ya fue admitida en su momento⁶⁴. Por otro lado, en caso omitirse la conciliación, consideramos que todos los actos realizados posteriormente deberían declararse nulos⁶⁵.

60 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 354. CÁROCCA PÉREZ, Alex. Ob. cit., p. 266.

61 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1376. Asimismo, STC Exp. N° 1643-2002-HC/TC

62 Vide GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., señala que "[La] conciliación [...] se trata de posibilitar la avenencia para evitar las cargas negativas del proceso penal en una materia en la que no existe un interés público predominante en la persecución del hecho delictivo [...] antes de poner en marcha el aparato coercitivo más contundente de que dispone el Ordenamiento Jurídico, p. 669.

63 En Alemania existe una autoridad arbitral designada por la administración de justicia para la realización de la conciliación extrajudicialmente (§380 StOP). Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 530.

64 Vide ROXIN, Claus. Citando a Schmidt, señala que el acto de conciliación no es un presupuesto del proceso, sino un requisito de procedibilidad, pero para el juicio. Ob. cit., p. 530.

65 Vide GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit., p. 671.



Por otro lado, si el querellante llegara a morir o se encontrara incapacitado antes de que concluya el juicio, sus herederos podrán asumir el carácter de querellante particular, siempre que comparezcan antes de los treinta días de la muerte o incapacidad de la víctima (artículo 465 del CPP).

Después de la fase de conciliación continúa la audiencia de juicio⁶⁶, la cual, conforme a los principios que le son inherentes, es pública⁶⁷ y contradictoria. El juicio tendrá que respetar en puridad todas las garantías establecidas en el juicio de un proceso común⁶⁸. En la audiencia de juicio se harán presentes los testigos y peritos, si fuese el caso, citados mediante el auto de citación a juicio a todos los señalados en la querrela y en la contestación de la misma. Cabe señalar, que sobre el mismo, existen distritos judiciales donde no se cita judicialmente a los medios de prueba, sino que cada una de las partes tienen que llevar a sus órganos de prueba, señalando que los mismos se deben al carácter adversativo del proceso. Sin embargo, consideramos necesario la citación a juicio de los órganos de prueba, toda vez que las partes, si bien pueden citar a sus órganos de prueba, dicho acto no reviste de la formalidad que la misma debe tener, pues se está citando para un juicio, donde se va a discutir públicamente la información que el testigo o perito pueda dar sobre el caso. Además, al no estar citado el testigo o perito por un juez penal, sino mediante el aviso que pudiesen hacer el Ministerio Público —y para el presente caso el querellante— y el imputado, los órganos de prueba no se encuentran formalmente⁶⁹ obligados a comparecer a juicio, por ejemplo, el testigo o perito no puede faltar a su trabajo señalando que el Fiscal o el imputado le han comunicado que debe asistir a juicio, sino solo con una citación judicial la misma que da la formalidad y seguridad respectiva de que se lo necesita en un juicio⁷⁰. Ello no quiere decir, como algunos autores lo señalan, que el testigo o

66 Conocido en el C. de P. P del 40' como comparendo, el mismo que no se limitaba al acto de conciliación, sino que también incluía la actuación de los medios de prueba. Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1375.

67 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., quien señala que tanto el comparendo —audiencia del juicio— y la lectura de sentencia deben ser públicos, por tratarse de una garantía a nivel constitucional, y que una infracción del mismo generaría una nulidad del procedimiento o del fallo, p. 1380.

68 Vide ROXIN, Claus. "El juicio oral se corresponde, en general, con el procedimiento penal ordinario" (§384 StOP), p. 531.

69 Que formalidad puede existir si el imputado de un delito te solicita concurrir para una fecha determinada a un juicio.

70 En el mismo sentido HORVITZ LENNON, María Inés. Al hablar de notificación al imputado y citación a los intervinientes al juicio. Ob. cit., p. 548.



perito se vuelvan reacios a sus pretensiones, sino todo lo contrario, que ante un juicio, tiene el deber de decir toda la verdad. Al respecto, señala César SAN MARTÍN CASTRO que “dicha norma [artículo 305 del C de PP] incluye la citación judicial de los órganos de prueba ofrecidos por el querellante”⁷¹.

Una vez aperturado propiamente el juicio, el querellado tendrá que contar con un defensor, en caso no contare con el mismo, consideramos que se le deberá brindar uno de oficio, actualmente defensor público. Conforme ya lo estableció el Pleno Jurisdiccional Penal del distrito judicial de Piura del 2009, del 15 de diciembre, donde se acordó que “en los casos de querrela en donde el querellado fuera conducido compulsivamente y no contara con un abogado de su elección, se le otorgue un defensor de oficio a fin de que el imputado no caiga en indefensión”, y que en dichos casos “corresponde otorgar un tiempo prudencial para cada caso en concreto a fin que el abogado del querellado se informe del proceso; sin embargo, no procede la suspensión de la audiencia, sino solo un receso.” Consideramos ambos criterios correctos, pues el querellado como todo procesado, se le está imputando un hecho delictivo, que en este caso es hecha por el acusador privado.

No podemos confundir el hecho de que en este proceso especial se tenga que pagar las tasas respectivas para el trámite del procedimiento con que el mismo se convierta en un proceso de connotación civil, sino que el funcionamiento del sistema de justicia penal, para este caso específico, a diferencia de lo que sucede con el civil, queda condicionado a que un particular pague una tasa judicial para el funcionamiento del sistema de justicia penal. El querellado, al igual que el imputado de un proceso común, es imputado de un hecho delictivo, y por ende tiene la garantía de la defensa en el proceso penal, y en caso no contar con recurso para un abogado privado se le conceda un defensor público. No podemos llegar al absurdo de que el proceso es uno de naturaleza privada, y por ende debe contar con un abogado particular y cancelar las tasas respectivas para defenderse, pues esto haría del proceso un proceso donde el ganador es quien cuente con recursos, y hacer de este proceso especial un proceso para gente con recursos económicos. Reiteramos, todo imputado de un delito tiene el derecho irrestricto de contar con un abogado público cuando no cuente con los recursos para contratar uno particular.

De otro lado, señala el artículo 462.5 del CPP, que si el querellante no concurre injustificadamente o se ausenta durante el desarrollo del juicio, se

71 Vide SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1376.



sobreseerá la causa⁷². Ahora bien, si el querellante da un poder especial para que una persona en su representación asista a la querella, la misma se realizará de forma normal, por más que no asista al juicio la víctima, sin embargo, el representante sí debe estar presente en el juicio, sino se le tendrá por desistido tácitamente de la querella.

Continuando con el desarrollo del juicio, lo primero, por regla, es preguntar al querellado si admite los cargos atribuidos por el querellante, si lo hiciere se solicitará una audiencia privada entre querellado y querellante sobre un acuerdo en cuanto a la pena y la reparación civil⁷³, sin embargo, consideramos muy difícil esta situación, debido a que en la audiencia previa de conciliación ya se ha tratado de arribar a un acuerdo para llegar a una solución pacífica del conflicto.

En segundo lugar se desarrolla los alegatos iniciales o de apertura del Ministerio Público y del abogado defensor⁷⁴. Vale aclarar que no se resuelve como cuestión preliminar las excepciones o cuestiones previas que hubiese interpuesto el querellado en su contestación de la querella –así como en el juicio–, sino que la misma se resuelve junto con la sentencia, conforme lo señalado en el artículo 462.4 del CPP⁷⁵.

Esto sin duda genera la posibilidad de realizar un juicio inútil, al desgastar el sistema judicial, pues cabría la posibilidad de encontrarse correctamente ante un excepción de prescripción o improcedencia de acción⁷⁶, que terminaría con el conflicto penal de manera más rápida y eficaz. Además, resulta un contrasentido resolver estas cuestiones junto con la sentencia, pues así se estaría yendo en contra de la lógica del nuevo modelo procesal, pues para ello se ha incorporado una etapa intermedia, a fin de que al juicio solo llegue a casos donde no cupe un defecto sustancial. Señala Livio PEPINO,⁷⁷ que la celebración de una audiencia preliminar, la de la etapa

72 Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 549.

73 Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 550.

74 En el C. de P. P. no existía propiamente dicho un verdadero juicio oral, pues solo se limitan las partes a realizar su informe oral, sin que para el mismo se comenzará con los alegatos de apertura y terminarán con los alegatos finales. Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 1377.

75 Vide César SAN MARTÍN CASTRO justifica esta situación al señalar que “Por la naturaleza oral y breve del procedimiento, las excepciones y demás medios de defensa técnicos se deducen en el acto del comparendo y se resuelven en la sentencia. No se tramitan como incidentes en cuaderno aparte”, p. 1378.

76 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 359.

77 Vide PEPINO, Livio. Ob. cit., p. 99.



intermedia, tiene carácter de *filtro*, para evitar juicios inútiles, conforme la situación antes señalada.

Después del alegato de apertura comienza la actuación de los órganos de prueba, existiendo la posibilidad de que el querellante pueda ser interrogado, conforme el artículo 462.3 del CPP. Asimismo, de acuerdo al artículo antes señalado, el querellante tendrá las mismas facultades⁷⁸ y obligaciones del Ministerio Público dentro del juicio oral, es decir, que podrá actuar parcializadamente, pero de forma objetiva, en caso de la actuación probatoria observara que el imputado no cometió el hecho delictivo o no se le puede atribuir, deberá retirar su querrela, a través de la figura del desistimiento. Dentro de las facultades del querellante, está la de realizar el contraexamen al testigo o perito (*cross examination*), la misma que permite formar la prueba en el juicio, y conocer la verdad de los hechos⁷⁹. Asimismo, consideramos que existe la posibilidad de realizar prueba de oficio, a fin de aclarar alguno de los elementos presentados por las partes⁸⁰; pues como ya lo hemos señalado existe en el juez el deber de encontrar la verdad, por más que el proceso sea uno de acción privada. Como señala Claus ROXIN: "El deber de esclarecimiento judicial (§ 244. II StPO) rige también en el procedimiento de acción privada (§ 384. III StPO)⁸¹".

Cabe reiterar que el desistimiento de la querrela, puede realizarse en cualquier fase del juicio, hasta antes de la emisión de la sentencia. El artículo 464 del CPP establece que este desistimiento puede realizarse en cualquier estado del proceso, y para el mismo, no se requiere el consentimiento del acusado⁸². Igualmente, señala el artículo 464 del CPP que en caso se dé el desistimiento, no se podrá intentar de nuevo una querrela sobre los mismos hechos⁸³.

Una vez culminada la actuación probatoria, se realiza el alegato final, para después el juez emitir sentencia en el mismo acto o señalando fecha para lectura de sentencia, la misma que no podrá ser programada más allá de cuarenta y ocho horas. Si se emite sentencia absolutoria, el acusador privado

78 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 360.

79 Vide CASO, Giovanni. Ob. cit., p. 2.

80 Sobre la situación de la prueba de oficio en el sistema penal italiano, Vide CASO, Giovanni. pp. 3 y ss.

81 Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 531.

82 En Alemania y Chile el desistimiento del querellante, una vez realizada la audiencia de juicio, requiere previamente del consentimiento del querrellado. Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 531.

83 Algo similar a los regulado en el §384 StPO. Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 532.



debe pagar, además de las costas del procedimiento, los costos originados al querellado del desarrollo del proceso⁸⁴. Asimismo, conforme al artículo 467, cabe la posibilidad para los delitos realizados mediante medios de comunicación social, a solicitud del querellante, que el Juez penal ordene al sentenciado la publicación o lectura de la sentencia condenatoria⁸⁵.

Contra la sentencia cabe recurso de apelación, y contra la resolución de la Sala de Apelaciones no cabe recurso alguno (artículo 466 del CPP). Sin embargo, en concordancia con el artículo 427.4 del CPP, consideramos que cuando en el proceso especial se encuentre un problema que se considere necesario resolver para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial será admitido el recurso de casación, no existiendo límites en cuanto al delito analizado. Consideramos que, a nivel casatorio, la Sala Penal de la Corte Suprema notificará y emplazará a las partes a que comparezcan, es decir, al querellante y querellado, no resultando pertinente notificar al Ministerio Público, pues es un proceso derivado del ejercicio privado de la acción penal, sobre delitos privados, naturaleza de delitos en los que no interviene el Fiscal⁸⁶.

Cuando la sentencia de primera instancia tenga la calidad de cosa juzgada, será el Juez de Investigación Preparatoria el encargado de ejecutarlo, conforme lo señalado por el artículo 489 del CPP, por más que para los casos de procesos por acusación privada no exista desde el inicio un juez de investigación preparatoria que haya visto la causa, como sí sucede en los casos de delitos públicos y semipúblicos. De forma similar, el Pleno Jurisdiccional Penal Distrital de Piura de 2010, de fecha 30 de setiembre de 2010, estableció que “los Juzgados de Investigación Preparatoria deben ser los competentes para ejecutar las sentencias en los delitos de ejercicio de la acción privada, conforme lo establece el artículo 29 inciso 4 del CPP.”

V. ABANDONO Y DESISTIMIENTO

El artículo 464 regula la figura del desistimiento, estableciendo que el mismo se puede realizar en cualquier estado del proceso. El desistimiento

84 De forma similar en Alemania (§471.II StPO). Vide ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 527.

85 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 360. Asimismo, señala el autor que “Si fuera absolutoria, el beneficiado puede también pedir su publicación a costa del querellante”. Situación que no regula el CPP peruano, pero que consideramos correcto.

86 Algo similar ocurría con el recurso de nulidad para los delitos mediante imprenta y otros medios de publicidad regulada en el C. de P.P., era el Fiscal Supremo quien sustentaba los fundamentos realizados por el querellante. Lo cual sin duda resultaba incoherente, pues es un delito privado.



despojará al juez de la potestad de juzgar en el caso concreto, generando los efectos del *ne bis in idem*⁸⁷. La doctrina establece dos tipos de desistimiento, el expreso y el tácito. Por el primero, el querellante de forma expresa hace de conocimiento al juez penal de su decisión de no continuar con el proceso, renunciando así a su pretensión penal y civil, estando el Juez Unipersonal en la obligación de sobreseer la causa penal. Señala Florencio MIXAN MASS, que dicha renuncia debe ser por la inequívoca voluntad expresada por el particular ofendido del delito⁸⁸. En tanto que el desistimiento tácito es una consecuencia de la negativa del querellante a concurrir con su actividad para que el juicio se desarrolle⁸⁹, es decir, que el querellante no realiza actos pertinentes al desarrollo del proceso, colocándolo en un estado de inactividad. Señala el CPP que esta inactividad, para el caso de abandono, debe tener una duración de tres meses, facultando al juez para que de oficio sobresea la causa. Ahora bien, cabe la posibilidad de que la inactividad sea imputable al tribunal, así si éste tarda en disponer la realización de las diligencias solicitadas por el querellante, o si la policía tarda en cumplir la investigación ordenada por el Juez⁹⁰, no será responsabilidad del querellante la inactividad del proceso, continuando el desarrollo del proceso de forma normal. Por ello, para la configuración del desistimiento tácito, la inactividad tiene que ser atribuible al querellado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. *Las garantías del imputado en el proceso penal*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/6/pjn/pjn2.pdf>.

BOCHUM, Serwe. *Aufsätze Privatklageverfahren*. www.schiedsamt.de.

CAMPOS BARRANZUELA, Edhín. *Buenas prácticas procesales en los delitos contra el honor*. En www.lozavalos.com.pe.

CÁRDENAS RUIZ, Marco A. *Apuntes jurídicos sobre la querrela*. www.de-rechocambiosocial.com.

CAROCCA PÉREZ, Alex. *Manual el nuevo sistema procesal penal*. 3ra. ed. Lexis Nexis. 2005.

CASO, Giovanni. *El sistema procesal penal italiano (ventajas y desventajas)*. 2003. <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=72001203>

87 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 352.

88 Vide MIXAN MASS, Florencio. Ob. cit., p. 104.

89 Vide CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. Ob. cit., p. 355.

90 Vide HORVITZ LENNON, María Inés. Ob. cit., p. 547.

CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho procesal penal*. T. III, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni Editores. 1998.

CORTE SUPERIOR DE LA LIBERTAD. *La reforma procesal penal en cifras. Una nueva visión de justicia (2007-2009)*. Febrero 2010.

DAMASKA, Mirjan. *Aspectos globales de la reforma del proceso penal, en Sistema acusatorio y juicio oral*. Bogotá, Ed. Jurídica de Colombia. 2009

ESER, Albín. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales". En *De los Delitos y las víctimas*. Ed. Ad Hoc. Compilador J. Maier. Buenos Aires, 1992.

GACETA PENAL & PROCESAL PENAL. *Procedimientos especiales. Lo nuevo del Código Procesal Penal de 2004*. Guía práctica 4. 2010.

GIMENO SENDRA, Vicente y AAVV. *El proceso penal. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*. T. 6. Ed. Bosch

HERRMANN, Joachim. *Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht. Eine unendliche Geschichte*. ZIS 3/2010. www.zis-online.com

HORVITZ LENNON, María Inés y otro. *Derecho Procesal Penal chileno*. T. II, Editorial Jurídica de Chile. 2004.

MARTÍNEZ HUAMAN, Raúl Ernesto. *El delito de uso indebido del patrimonio de la persona jurídica*. RAE jurisprudencia, T. 18, Diciembre - año 2. 2009.

MARTÍNEZ HUAMAN, Raúl Ernesto. "La etapa intermedia dentro de la lógica del sistema acusatorio del nuevo Código Procesal Penal". En *Manual del Código Procesal Penal*. Lima, Ed. Gaceta Jurídica. 2011.

MINISTERIO DE JUSTICIA. *La reforma procesal penal peruana (2006-2010). Hacia una justicia rápida y transparente*. Mayo de 2011.

MIXAN MASS, Florencio. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Ediciones jurídicas, Lima, 2006.

NORIEGA HURTADO, Eduardo. *¿Que hacer con la acción penal privada?* En *Iter Criminis Revista de Ciencias Penales - INACIPE*. N° 6, 4ta Época Noviembre - Diciembre 2008.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Las garantías constitucionales del debido proceso en el nuevo Código Procesal Penal*. www.oreguardia.com.pe.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. www.incipp.com.

PEPINO, Livio. *Breve aproximación al sistema procesal italiano*. 2002. dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=758345.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 2003.

SÁNCHEZ CÓRDOVA, Juan Humberto. "Los Procesos Especiales en el Código Procesal Penal del 2004". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta jurídica. Lima, N° 130. Año 15. Julio 2009.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2da Ed. T. II. Grijley, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. 25, N° 76 (2004). Bogotá, Universidad del Externado. <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpen/article/view/1034>

TALAVERA ELGUERA, Pablo. "Los procesos especiales en el Nuevo Código Procesal Penal". En *selección de lecturas del INCIPP*.



SECCIÓN V
EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

Artículo 468. Normas de aplicación

Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:

- 1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.*
- 2. El Fiscal y el imputado podrán presentar una solicitud conjunta y un Acuerdo Provisional sobre la pena y la reparación civil y demás consecuencias accesorias. Están autorizados a sostener reuniones preparatorias informales. En todo caso, la continuidad del trámite requiere necesariamente la no oposición inicial del imputado o del Fiscal según el caso.*
- 3. El requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones.*
- 4. La audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. Es facultativa la concurrencia de los demás sujetos procesales. Acto seguido, el Fiscal presentará los cargos que como consecuencia de la Investigación Preparatoria surjan contra el imputado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos. El Juez deberá explicar al procesado los alcances y consecuencias del acuerdo, así como las limitaciones que representa la posibilidad de controvertir su responsabilidad. A continuación, el imputado se pronunciará al respecto, así como los demás sujetos procesales asistentes. El Juez instará a las partes, como consecuencia del debate, a que lleguen a un acuerdo, pudiendo suspender la audiencia por breve término, pero deberá continuar el mismo día. No está permitida la actuación de pruebas en la audiencia de terminación anticipada.*
- 5. Si el Fiscal y el imputado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible, de la pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluso la no imposición de pena privativa de libertad efectiva conforme a la Ley penal, así lo declararán ante el Juez debiéndose consignar expresamente en el acta respectiva. El*



Juez dictará sentencia anticipada dentro de las cuarenta y ocho horas de realizada la audiencia.

6. *Si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutive que ha habido acuerdo. Rige lo dispuesto en el artículo 398.*
7. *La sentencia aprobatoria del acuerdo puede ser apelada por los demás sujetos procesales. Los demás sujetos procesales, según su ámbito de intervención procesal, pueden cuestionar la legalidad del acuerdo y, en su caso, el monto de la reparación civil. En este último caso, la Sala Penal Superior puede incrementar la reparación civil dentro de los límites de la pretensión del actor civil.*

Artículo 469. Proceso con pluralidad de hechos punibles e imputados

En los procesos por pluralidad de hechos punibles o de imputados, se requerirá del acuerdo de todos los imputados y por todos los cargos que se incrimine a cada uno. Sin embargo, el Juez podrá aprobar acuerdos parciales si la falta de acuerdo se refiere a delitos conexos y en relación con los otros imputados, salvo que ello perjudique la investigación o si la acumulación resulta indispensable.

Artículo 470. Declaración inexistente

Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra.

Artículo 471. Reducción adicional acumulable

El imputado que se acoja a este proceso recibirá un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte. Este beneficio es adicional y se acumulará al que reciba por confesión, en tanto esta sea útil y anterior a la celebración del proceso especial.

La acumulación no procede cuando el imputado tenga la calidad de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en cuyo caso solo recibe el beneficio correspondiente a la terminación anticipada.

La reducción de la pena por terminación anticipada no procede cuando al imputado se le atribuya la comisión del delito en condición de integrante de una organización criminal, esté vinculado o actúe por encargo de ella.^()*

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



COMENTARIO 1:

EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

PABLO SÁNCHEZ VELARDE*

I. INTRODUCCIÓN

Se trata de un proceso especial que se ubica dentro de los mecanismos de simplificación del proceso que modernamente se introducen en los códigos procesales.

Su finalidad: evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento si de por medio existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, aceptando aquel los cargos de imputación y obteniendo, por ello, el beneficio de la reducción de la pena en una sexta parte. Se trata en esencia de una transacción penal para evitar un proceso innecesario.

Este proceso especial no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. En 1994 se introduce en nuestra legislación mediante la Ley 26320 solo para el delito de tráfico ilícito de drogas¹, teniendo como fuente directa la legislación colombiana², que a su vez se inspiró en la legislación italiana bajo la figura del *patteggiamento* regulada en su artículo 444³. El legislador peruano mejora la antigua ley colombiana⁴ y mantiene su texto, incluso, lo amplía para comprender a todos los delitos.

En este sentido, tal y como está regulado en el Código Procesal Penal 2004, este proceso especial, en esencia, se inspira en el *patteggiamento*,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia; España. Catedrático de Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fiscal Supremo en lo Penal y Consejero del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura.

1 Véase PEÑA CABRERA, Raúl. *Terminación Anticipada del proceso y colaboración eficaz*. Grijley, 2ª edición, Lima, 1995. También de Alonso PEÑA CABRERA FREYRE y Manuel FRISANCHO APARICIO. *Terminación anticipada del proceso, principio de oportunidad, colaboración eficaz y arrepentimiento*. Jurista Editores, Lima 2003.

2 Véase mi *Manual de Derecho Procesal Penal*, citado, pág. 923.

3 SAN MARTÍN CASTRO expresa "Este procedimiento, tiene su origen en el "patteggiamento" italiano, introducido por la Ley N° 698, de 24 de noviembre de 1981". SAN MARTÍN CASTRO. *Derecho Procesal Penal*, volumen II, segunda edición, Grijley, Lima, 2003, pág. 1383.

4 Actualmente en la nueva legislación colombiana (vigente desde el 2005 por ley 906), se regula los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o el acusado, en los artículos 348 y siguientes, llegando incluso a una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible.

además de ser una de las pocas instituciones del nuevo proceso penal que se encuentra vigente en todo el país.

Debe destacarse que como consecuencia de la aplicación de este nuevo proceso se redefinen las funciones propias de los fiscales y jueces, pues si bien es cierto, el fiscal dirige la investigación del delito y en su momento formula su requerimiento acusatorio, por este proceso adelanta su decisión acusatoria y a la vez debe de hacer uso de mecanismos propios de la transacción penal para llegar a un acuerdo de pena y reparación civil con el imputado y su defensor.

Por su parte, el juez de la Investigación preparatoria, analiza la propuesta que se encuentra en el acuerdo para examinar su sustento, hacer control de la legalidad y luego dictar sentencia dentro de las 48 horas siguientes sobre la base de lo actuado y acordado por el fiscal y las partes.

Este proceso especial no constituye un incidente del proceso principal, pero corre paralelo a éste, y debe de concluir antes –si es aprobado– influyendo en la continuación del proceso principal pues carece de objeto su prosecución. Si no fuere aprobado se archivará lo actuado y lo expuesto en el mismo se considerará inexistente.

II. EL ACUERDO O NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES

La característica esencial de este proceso especial lo constituye el acuerdo o la negociación entre el fiscal y la defensa, que forma parte de la fórmula transaccional en materia penal, ya conocida en nuestro medio a través de otras instituciones y que refleja la influencia del modelo anglosajón en los sistemas –como el nuestro– donde rige el principio de legalidad.

El *plea bargaining* o la aplicación del llamado principio de oportunidad –también los casos de colaboración eficaz– aparece como una de las experiencias más importantes en la fórmula de negociación entre la parte encargada de la investigación oficial y la defensa. *Doig Díaz* hace notar de esta influencia anglosajona en la construcción de los nuevos modelos procesales, pero también alerta sobre los riesgos de la generalización de un modelo de justicia negocial en el contexto del futuro de la justicia penal⁵.

Según San Martín, la idea de simplificación de este procedimiento parte en este modelo del principio de consenso⁶, lo cual se encuentra sustentado en la aceptación de cargos del imputado.

5 DOIG DÍAZ, YOLANDA, "El proceso de terminación anticipada en el Código Procesal Penal de 2004", en *Rev. Actualidad Jurídica* N° 124, pág. 106.

6 SAN MARTÍN CASTRO CÉSAR. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II, Segunda edición, Grijley, Lima, 2003, pág. 1384.



Conforme a la legislación ya vigente este es quizás uno de los aspectos más difíciles de abordar en la práctica, es decir, llegar a un acuerdo que satisfaga la pretensión del fiscal y también la de la defensa del imputado, o cuando menos que le convenga, desde el punto de vista de su estrategia defensiva.

En el primer caso, la posición del Fiscal en su pretensión punitiva debe de proyectarse en lo que sería la formulación del requerimiento acusatorio, teniendo en cuenta la actividad probatoria desarrollada, los márgenes de penalidad existentes en la legislación penal y la pena que, según su parecer, debe de imponerse al imputado.

En tal sentido, los principios y criterios para la sustentación de la acusación escrita, sobre todo, el de legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, son los que deben de inspirar la intervención fiscal. Asimismo, debe de tener en cuenta las posibilidades de reducción de pena conforme a las posibilidades que regula la ley procesal y su relación a la pena que, efectiva o condicionalmente, se fijará en el acuerdo.

Cabe destacar que el hecho que el imputado acepte los cargos, en este procedimiento especial, no significa que sea equivalente a una confesión por su parte, sino que solo debe ser tomado como una estrategia de defensa —en sentido lato— a fin de obtener respuesta punitiva menos intensa, que a su vez beneficia al sistema penal, pues permite la descongestión del mismo. No equivale a una confesión pues:

- a) Cuando el imputado se acoge a este proceso, recibe un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte, el cual será adicional y se acumulará al que reciba por *confesión* (artículo 471).
- b) Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (artículo 470).

III. OPORTUNIDAD DE SU APLICACIÓN Y SUJETOS PROCESALES LEGITIMADOS

De la naturaleza jurídica de la institución y de la lectura normativa de la nueva ley especial se desprende que la terminación anticipada del proceso se aplica, una vez expedida la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, y *hasta antes de formularse la acusación fiscal* (artículo 468.1), es decir, para el inicio de este procedimiento especial se necesita contar con la disposición de formalización de la investigación preparatoria, lo cual no impide que una vez iniciada la investigación preliminar, de cualquier



caso (incluyendo los supuestos de flagrancia, confesión o suficiencia probatoria), se puedan ir gestando las conversaciones previas entre el imputado, su defensor y el fiscal.

La oportunidad de la aplicación es de suma importancia para efectos de la finalidad de dicho proceso especial, pues lo que se espera es que se evite un proceso común innecesario, de allí el sentido de *premiar* al solicitante con la reducción de la pena. Por la misma razón, no tendría sentido su aplicación durante la fase intermedia del proceso, además, porque ya existe un requerimiento acusatorio, con exposición de pruebas, propuesta de pena y reparación civil, lo que hace muy difícil la postura fiscal para efectos de la negociación con la defensa, la misma que además podría sentirse en mejores condiciones para lograr el acuerdo.

De otro lado, la norma procesal es bastante clara para entender que solo se aplica antes de la acusación y el hecho que en el artículo 350.1 e) cuando trata de la notificación de la acusación permita a las partes a *instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad*, no significa que se refiera a la terminación anticipada que regula el artículo 468 y siguientes de la ley procesal, sino a la posibilidad de que el imputado pueda plantear un supuesto de oportunidad previsto en el artículo 2 de la misma ley procesal.

Cuando la Corte Suprema establece como doctrina legal que los “rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal derivan del hecho de que están “incardinadas” en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos,”⁷ está resaltando el origen común que tienen estas instituciones dentro de los supuestos de oportunidad que la legislación regula como lo es también el principio de oportunidad del artículo 2 y el proceso de colaboración eficaz en las cuales se aplican fórmulas de consenso; lo que también se menciona en la citada sentencia suprema cuando expresa que “el principio de consenso comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva”.

Consideramos importante tener en cuenta que la terminación anticipada del proceso constituye un proceso especial, con reglas propias que deben de cumplirse, debiendo evitarse interpretaciones que puedan afectar el texto claro del artículo 468 del Código y desnaturalizar su procedimiento. En todo caso, el tema puede generar debate, pero deberá ser evaluado a la luz de

7 Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 18 de julio de 2008, Fundamento 22.

hacer a la justicia penal más eficaz y oportuna sin dejar de lado la naturaleza propia de las instituciones.

Por otro lado, según nuestra regulación, siguiendo al modelo italiano, solo pueden instar el inicio de este proceso especial: el imputado, el representante del Ministerio Público, o conjuntamente los dos. En este primer momento no interviene la parte civil, pues el Ministerio Público es el titular de la acción penal.

Asimismo, el acuerdo sobre la pena y la reparación civil –pese que esta es la pretensión del actor civil– se efectúa solo entre los dos sujetos procesales mencionados. Ello no significa que la parte civil se encuentre relegada del trámite de este proceso penal, porque, una vez notificada del requerimiento inicial o la solicitud del imputado, puede pronunciarse respecto a su procedencia y formular su pretensión, también tiene derecho a apelar la decisión del juez de aprobar el acuerdo, solo en cuanto a su pretensión.

Esta decisión es exclusiva del imputado por las consecuencias jurídicas que ello importa; mediante un pedido que puede ser verbal o escrito. Naturalmente, ello dependerá de las posibilidades favorables que su defensor considere lograr con el acuerdo, pues deberá proyectarse tanto en la pena a sufrir por su patrocinado como por el pago de la reparación civil que deberá asumir.

También es necesario señalar que si bien es cierto la iniciativa en su inicio corresponde al imputado o su defensor, no habría impedimento para que el fiscal hiciera conocer al defensor de las bondades de este proceso especial, sin embargo, ello no debe de significar que sea el fiscal quien trate de imponer a la defensa su aplicación o que se convierta en una “promesa” a fin de lograr su aceptación, pues ello desnaturaliza el sentido de esta institución.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Es importante destacar que, a diferencia de la legislación anterior, la terminación anticipada se aplica para todos los delitos, sin distinción alguna, es decir, procede tanto para delitos leves como también para los de gravedad. Ello se encuadra dentro de una política criminal de abreviación del proceso y pretende además, lograr una reducción de la carga procesal en la justicia penal, tema esencial de este proceso especial.

En tal sentido, tanto a fiscales como a jueces –como se ha dicho precedentemente– se les faculta a establecer acuerdos y aprobarlos o no, respec-



tivamente, en delitos de usurpación, estafa, hurto simple, agravado, robo, robo agravado, homicidio, tráfico ilícito de drogas, etc.⁸

V. NORMAS DE PROCEDIMIENTO

El artículo 468 de la nueva ley procesal establece las normas de procedimiento y las características principales:

- a) Se inicia a pedido del fiscal o del imputado ante el Juez de la Investigación Preparatoria. Estos son los sujetos procesales legitimados para solicitarlo, lo que excluye a los otros sujetos de la relación procesal.
El pedido es para que se realice una audiencia de terminación anticipada, una vez emitida la Disposición Fiscal y hasta antes de formularse acusación. Solo una vez puede realizarse este proceso, de manera tal que denegado o desaprobado el acuerdo, no es admisible un nuevo pedido.
- b) Se tramita como proceso especial en cuaderno aparte y no interrumpe el proceso original.
- c) La solicitud puede ser conjunta por el fiscal y el imputado, lo que ya prevé la ley, y posibilita la realización de un acuerdo provisional anterior a la realización de la audiencia judicial, sobre la pena y la reparación civil y las demás consecuencias accesorias. Las primeras conversaciones pueden generarse durante la investigación preliminar, permitiendo la abreviación del proceso desde su inicio y que el fiscal –en atención al acuerdo inicial– emita la disposición de investigación preparatoria y el pedido al juez para la realización de la audiencia especial.⁹
- d) El requerimiento fiscal o el pedido del imputado será puesto en conocimiento de las partes, es decir, al actor civil y tercero civil responsable, por el plazo de cinco días, a fin de que se pronuncien sobre su procedencia y, en su caso, hagan conocer cuáles son sus pretensiones (artículo 368.3). La posición de estos sujetos procesales puede hacerse por escrito, pero igualmente, si se encuentran acreditados, serán notificados

8 En aquellos lugares donde el nuevo código procesal aún no entre en vigencia en su totalidad, se debe de seguir el mismo criterio, es decir, el Fiscal puede realizar negociaciones o acuerdos con el defensor del imputado y el juez penal aprobarlos o no, sea que se trate de un delito sujeto a trámite sumario como ordinario.

9 Mientras el fiscal y las partes no suscriban el acuerdo, el pedido no podrá formalizarse ante el juez, lo que significa que el defensor del imputado o éste puede desistirse a continuar con el inicio del trámite, en cuyo caso, se deberá seguir con la investigación según su estado.

de la realización de la audiencia especial, la misma que realizará con la presencia obligatoria del fiscal y del imputado y de su defensor. La concurrencia de los demás sujetos procesales es facultativa.

- e) El beneficio que recibe el imputado es la reducción de la pena en una sexta parte, a la que puede acumularse la que merezca por confesión sincera. Esta es la parte "*premio*" del proceso de terminación anticipada que se rige por el beneficio que obtiene el imputado, la misma que se deduce de la pena probable que planteará el fiscal. Por el solo hecho de acogerse a este proceso, el imputado ya merece una reducción de la pena en una sexta parte, sobre esta se reducirá aún más si es viable el supuesto de confesión sincera, conforme a lo previsto en el numeral 161 de la ley procesal.
- f) Si no se llega a un acuerdo o este no es aprobado por el juez, se tendrá por *inexistente* lo declarado por el imputado en este proceso y naturalmente no podrá ser utilizado en su contra (artículo 470). Como quiera que el proceso se desarrolla y consta en forma de incidente, de producirse el caso en comento, se archivará lo actuado. Sin embargo, la continuación del proceso ordinario no se debe ver afectada, primero, porque el fiscal continuará en su función investigadora y, en su caso, formulará acusación; segundo, porque en este último caso –requerimiento acusatorio– quien dirigirá el juicio oral será un juez distinto al que conoció de la terminación anticipada. Esta prohibición de inexistencia no solo comprende al fiscal sino que también a los otros sujetos procesales que no podrán utilizar lo que aparece de dicho proceso de terminación anticipada.

VI. AUDIENCIA ESPECIAL Y PRIVADA

Conforme a la ley procesal, el juez citará al fiscal, al imputado y a su defensor, para la realización de una audiencia especial y privada. Con ellos ya se podrá instalar la audiencia, pues la concurrencia de las demás personas es facultativa. El fiscal presentará los cargos de incriminación que existen contra el imputado, quien podrá aceptarlos en todo o en parte o podrá rechazarlos. El juez deberá explicar los alcances y consecuencias del acuerdo, e instará a las partes a que lleguen a un acuerdo, lo que no debe entenderse como una actividad conciliadora.

En la audiencia no hay actuación probatoria sino posibilidad de acuerdo entre los actores principales. Comprende pena, efectiva o condicional, reparación civil y consecuencias accesorias.



VII. CONTROL Y RESOLUCIÓN JUDICIAL

El juez realizará el control de legalidad del acuerdo que le presenta el fiscal, verificará la razonabilidad, la existencia de los elementos de prueba suficientes y si acepta los términos del acuerdo, dictará sentencia anticipada dentro de las 48 horas siguientes, con las características y efectos propios; caso contrario, *desaprobará* el acuerdo. Solo se presenta el acuerdo entre las partes ante el juez, si no se produce se dará por culminado el proceso emitiéndose la resolución respectiva.

Este acuerdo a que llegan las partes debe ser objeto de control por el juez, pues obviamente, aún con el acuerdo aceptando los cargos, si a criterio del juzgador el hecho no constituye delito o no existen pruebas de la imputación, deberá dictar sentencia absolutoria. Por ello se establece, en el último párrafo del artículo 468.6, que rige lo dispuesto en el artículo 398 que se refiere precisamente al contenido y alcances de la sentencia de absolución.

Pero el control judicial es precisamente el control sobre el acuerdo, es decir, si el mismo es correcto o no. Cabe precisar que este control no comprende la determinación de la pena y la reparación civil por el juez, supuesto que lo apartaría del acuerdo entre las partes.

El apartado 6.6 del artículo 468 establece que “si el Juez considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, ***dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada, la reparación civil y las consecuencias accesorias que correspondan enunciando en su parte resolutive que ha habido acuerdo.***” El subrayado es nuestro y es precisamente para resaltar que ante el acuerdo entre el fiscal y el defensor del imputado, la ley no faculta al juez a modificar el acuerdo, solo a aprobar o desaprobar el mismo. Es más, se faculta al juez para que en la audiencia especial inste a las partes “a que lleguen a un acuerdo” (apartado 4), pudiendo, incluso, suspender la misma por breve término.

VIII. APELACIÓN

La sentencia aprobatoria podrá ser apelada por los demás sujetos procesales en cuanto a la legalidad del acuerdo y el monto de la reparación civil. Corresponderá a la Sala Superior conocer del caso y podrá a su vez aprobar o no el acuerdo, e incluso, podrá resolver el incremento de la reparación civil dentro de lo que pretende la parte civil. La ley no menciona la posibilidad de que el tribunal revisor pueda modificar el extremo de la pena. Como puede entenderse, si no hay acuerdo o este no se produce, no cabe impugnación alguna.

IX. CASOS COMPLEJOS

La aplicación de la terminación anticipada no muestra mayores inconvenientes cuando se trata de casos de naturaleza individual o aquellos que pueden ser considerados sencillos, es decir, en donde se trata de un delito y/o de un solo imputado.

El nuevo Código en el artículo 469 establece que cuando se trate de procesos complejos sea por la pluralidad de imputados o de delitos, se requerirá el acuerdo de todos aquellos *y por todos los cargos que se incrimine a cada uno*, lo que significa alcanzar los objetivos de este proceso especial, pues se podrá abreviar todo el proceso y dictar sentencia.

Sin embargo, la misma ley también establece que se podrán realizar acuerdos parciales solo cuando se trate de delitos conexos y en relación con otros imputados, lo que significará que deberán separarse hechos, calificaciones jurídicas e imputados para posibilitar el acuerdo con el fiscal. En la práctica, ello será muy difícil pues el acuerdo parcial podría perjudicar la investigación integral y conllevar la declaración de improcedencia del pedido o también podría afectar la posibilidad de la acumulación.



COMENTARIO 2:

PLEA BARGAINING Y TERMINACIÓN ANTICIPADA

Aproximación a su problemática fundamental

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO*

I. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA COMO RESPUESTA FRENTE A LA LENTITUD DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

La imagen colectiva del sistema de administración de justicia es sombría. La capacidad de rendimiento del sistema de administración de justicia es continuamente puesta en duda, basta con observar –por ejemplo– los constantes intentos de reforma de la administración de justicia. Existe una percepción general de que el sistema de administración de justicia es ineficiente, es lento¹: esta percepción no carece de base objetiva.

En efecto, los indicadores judiciales confirman esa triste realidad. En el ámbito del proceso civil, se calcula que un proceso ordinario, por ejemplo, de incumplimiento de contrato tiene una duración promedio de aproximadamente cuatro años, con un costo aproximado de US\$ 200,000 dólares; en tanto que un proceso ejecutivo de cobro de deuda puede durar aproximadamente un año y nueve meses y costar US\$ 1,500 dólares (véase cuadro 1)².

Esta dilación en la solución de los conflictos judiciales no es exclusividad de los procesos de naturaleza civil, la justicia penal es igualmente lenta, lo que puede evidenciarse a través de los datos estadísticos correspondientes a la carga procesal penal.

* Estudios de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres (1992-1997). Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (1998). Estudios de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Penal (procesos especiales) en la Academia de la Magistratura del Perú.

1 Al respecto: SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*, traducción de Mariana Sacher, pág. 9, Dykinson, 2005. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pág. 315.

2 Fuente: EYZAGUIRRE, Hugo. "Marco institucional y desarrollo económico: la reforma judicial en América Latina", en: *La economía política de la reforma judicial*. Jarquín, Edmundo y Carrillo, Fernando (eds.), BID. New York, 1997. Cuadro elaborado por el Consorcio Justicia Viva, disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe>.

La evolución de la carga procesal existente en los principales distritos judiciales muestra una marcada tendencia de incremento del número de procesos pendientes de resolver. En el distrito judicial de Lima, por ejemplo, entre los años 2000 a 2003, el número de casos pendientes de resolver se incrementó en más de 120000; en el distrito judicial de La Libertad, el número de casos pendientes por resolver se incrementó, en ese mismo término, en más de 54000; en el distrito judicial de Lambayeque, para culminar, el número de casos pendientes por resolver se incrementó, entre el 2000 al 2003, en más de 50000 (véase cuadro 2)³.

La sensación y percepción de ineficacia del sistema de administración de justicia se incrementa a partir del análisis de los costos que implica la prosecución de una causa judicial⁴, como reza el refrán popular: “El tiempo es dinero”. Esta situación se agudiza si los recursos a destinar a favor del sistema de administración de justicia resultan limitados.

Miremos, por ejemplo, los indicadores respecto al presupuesto per cápita en la administración de justicia y veremos que cada ciudadano tendría destinada la cantidad de aproximadamente S/. 41.58 para los servicios relacionados al Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional, Ministerio de Justicia, Instituto Nacional Penitenciario y la Academia de la Magistratura (véase el cuadro 3)⁵. La situación es aún más dramática al observar las cifras correspondientes exclusivamente al Poder Judicial: solo S/. 23.10 nuevos soles se asigna a cada ciudadano (véase el cuadro 4)⁶.

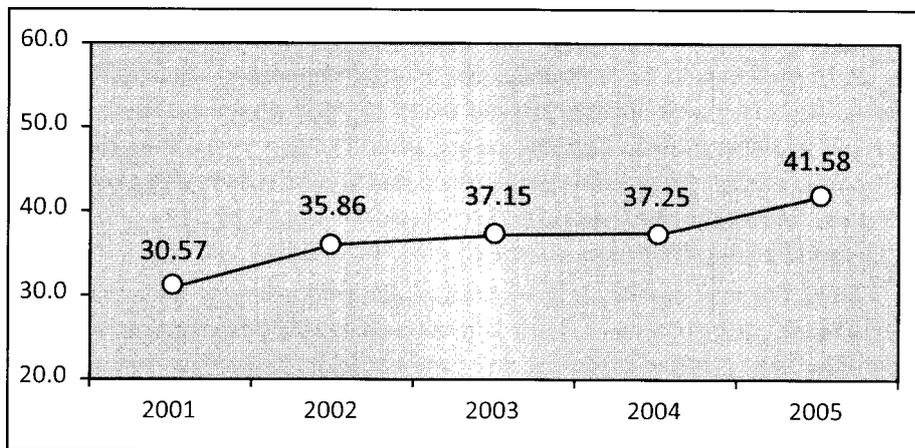
3 Cuadro elaborado por el Consorcio Justicia Viva, a partir de información proporcionada por la Gerencia General del Poder Judicial; disponible en: <http://www.justiciaviva.org.pe>.

4 Destaca el dramático incremento de costos en la justicia penal: ALBRECHT, Hans Jörg. “Settlements out of courts: A comparative study of european criminal justice systems”. En: *Research Paper*. N° 19, pág. 8, South African Law Commission, Pretoria, s/f.

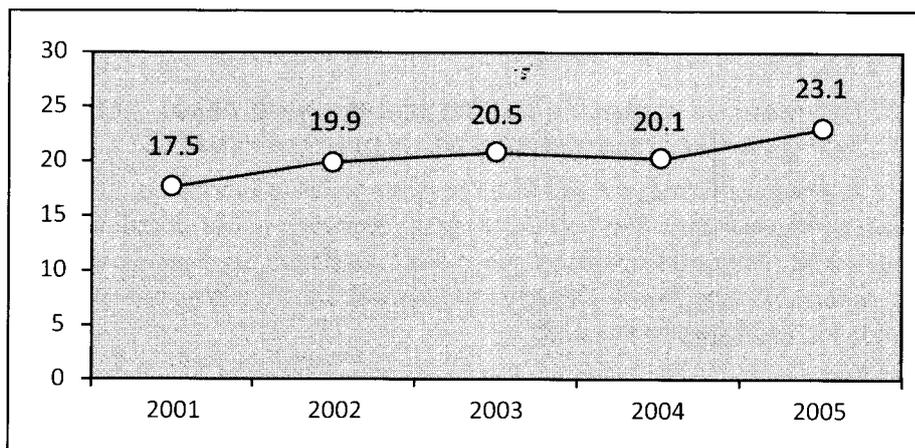
5 Cuadro elaborado por el Consorcio Justicia Viva, a partir de información proveniente del proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público 2005; disponible en: www.justiciaviva.org.pe.

6 Cuadro elaborado por el Consorcio Justicia Viva, a partir de información proveniente del proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público 2005; disponible en: www.justiciaviva.org.pe.

CUADRO 3
PRESUPUESTO PER CÁPITA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,
2001-2005
(EN NUEVOS SOLES)



CUADRO 4
PRESUPUESTO PER CÁPITA DEL PODER JUDICIAL, 2001-2005
(EN NUEVOS SOLES)



II. EL ACELERAMIENTO DEL PROCESO PENAL Y SU JUSTIFICACIÓN

Frente a esta situación surgen propuestas que Silva Sánchez enmarca bajo la denominación “gerencialismo”. En efecto, se trata de utilizar adecuadamente los escasos recursos existentes a través de una reducción de los términos de duración del proceso penal⁷. En ese contexto, cobran especial relevancia las fórmulas tendentes a la simplificación y el aceleramiento del proceso penal.

Pero no son solo razones pragmáticas originadas en las deficiencias del sistema de administración de justicia penal las que abonan a favor de las fórmulas aceleratorias del proceso penal, sino el clamor constante, derivado de la comprensión del proceso penal como **instrumento de realización de los derechos fundamentales**, de tutela jurisdiccional efectiva y de no afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

En efecto, por el lado de la víctima, quien realmente se halla tras la lesión del bien jurídico, tenemos que la dilación excesiva en la resolución de un caso penal por parte del sistema de administración de justicia penal puede afectar su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Si la tutela jurisdiccional demora en llegar, deja de ser efectiva.

Por el lado del ofensor, debe reconocerse que las cargas y aflicciones propias de verse involucrado en un proceso penal son difíciles de soportar; en ese contexto, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable cobra especial importancia⁸.

En este contexto, se produce una constante tendencia legislativa a favor de considerar e importar a nuestros países las instituciones procesales provenientes del Derecho norteamericano, lo que ha dado lugar –parafraseando a Schünemann– a una suerte de “marcha triunfal del procedimiento norteamericano”.

III. LA “MARCHA TRIUNFAL DEL PROCEDIMIENTO PENAL AMERICANO” O LA “MCDONALIZACIÓN DE LA JUSTICIA PENAL”

Aunque las formas y métodos procedimentales utilizados por la justicia penal norteamericana son continuamente recusados por la doctrina de los países continentales, lo cierto es que, a nivel legislativo, se vienen imponiendo las fórmulas propias del Derecho norteamericano, lo que es especialmente notorio en el ámbito procesal.

7 ALBRECHT, Hans Jörg. Ob. cit., pág. 8.

8 Al respecto: REYNA ALFARO, Luis. *El proceso penal aplicado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, págs. 235-239.

Recientemente, el autor costarricense Juan Rivero Sánchez⁹ ha destacado la utilización de la fórmula de los restaurantes de comida rápida en ámbitos sociales diversos, como en el Derecho, sostiene pues la existencia de una “mcdonalización de la justicia penal”.

Este proceso de “mcdonalización”, en realidad, una derivación de la teoría weberiana de la racionalización, se desarrolla en cuatro niveles: eficacia, cálculo, previsibilidad y control.

En el primer nivel, de **eficacia**, se plantea una variación del estado de las cosas: se pasa de un estado de necesidad a un estado de satisfacción de la necesidad. En el segundo nivel, de **cálculo**, se parte de una suerte de equiparación entre los ámbitos cuantitativos y cualitativos: cantidad y calidad son lo mismo, lo que –como es lógico– supone la exigencia de la prestación del servicio en el menor tiempo posible.

El tercer nivel es el de la **previsibilidad**: en un sistema “mcdonalizado”, la gente sabe que esperar, no tendrá sorpresas. Finalmente, en el nivel de **control** se prevé la obligación de respetar las normas y pautas preestablecidas.

No causa ninguna extrañeza que instituciones provenientes del Derecho norteamericano vayan trasladándose, íntegra o parcialmente, a nuestro procedimiento, como parte de una suerte de globalización y expansión de la justicia penal¹⁰.

En este contexto surgen modelos de justicia negociada, cuyo propósito principal no es más la realización de la justicia y la obtención de la verdad, sino la gestión y distribución adecuada de los problemas sociales vinculados a la criminalidad¹¹.

IV. MANIFESTACIONES DE LAS TENDENCIAS DE ACELERACIÓN DEL PROCESO PENAL

Esta tendencia aceleradora del proceso penal se manifiesta, fundamentalmente, a través de cuatro figuras:

-
- 9 RIVERO SÁNCHEZ, Juan. *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico penal*. Comares. Granada, 2004, págs. 208 y sgtes.
- 10 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001, pág. 76; TOCORA, Fernando, “La reforma procesal penal en América Latina”. En: *Capítulo Criminológico*. N° 33-4. Caracas, 2005, pág. 448.
- 11 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. cit., pág. 74-75.

- a) **El principio de oportunidad**, fórmula de origen alemán que plantea una suerte de excepción al principio de legalidad. Se trata, justamente, de una de las grandes transformaciones del proceso penal¹².
- b) **La conformidad**, institución íntimamente vinculada con el principio de oportunidad¹³, pero con marcadas distinciones.
- c) **Procedimientos abreviados**, modalidades procedimentales simplificadas como consecuencia de la innecesariedad de la realización de actividad probatoria por existencia de confesión por parte del imputado y la existencia de flagrancia delictiva. La abreviación del trámite del proceso se observa actualmente en la Ley N° 28122 de conclusión anticipada así como en el procedimiento inmediato al que aluden los artículos 446 a 448 del Código Procesal Penal de 2004.
- d) **Fórmulas negociales**, me refiero aquí a la terminación anticipada y la colaboración eficaz.

V. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y EL PLEA BARGAINING NORTEAMERICANO

En esta ocasión dedicaré mis reflexiones a la terminación anticipada por tres razones de importancia.

En primer lugar, al tener su origen en el *plea bargaining* o acuerdo negociado norteamericano¹⁴, grafica la anteriormente mencionada “marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano”, al punto que incluso en algunos países, como Alemania, se aplican sin mayor sustento legal¹⁵.

12 ALBRECHT, Hans Jörg. Ob. cit., pág. 10.

13 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Akal/ Iure, Madrid, 1999, pág. 429.

14 Aun cuando algunos autores sostengan que la formulación legal de la institución deriva de los textos procesales colombiano e italiano (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Reimpresión de la primera edición. Grijley. Lima, 1999; pág. 1020; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa. Lima, 2004, pág. 923; CUBAS VILLANUEVA, Víctor. *El proceso penal*. Sexta edición. Palestra. Lima, 2006, pág. 426) o se sostenga incluso que se trata de una derivación de la conformidad española o de la mediación alemana (CÁCERES, Roberto e IPARRAGUIRRE, Ronald. *Código Procesal Penal comentado*. Jurista. Lima, 2005, pág. 512); es inobjetable que la institución de la terminación anticipada –más allá de sus antecedentes legislativos y las sutiles diferencias– tiene su origen en el Derecho norteamericano.

15 SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, págs. 291-292; destaca su recurrente utilización en el Derecho europeo: ALBRECHT, Hans Jörg. Ob. cit., pág. 06; pormenori-

En segundo lugar, porque es uno de los ámbitos ya vigentes del Código Procesal Penal de 2004, en fase de implementación, y por lo tanto su importancia práctica será fundamental, lo que viene manifestándose en las cifras iniciales obtenidas en las zonas de aplicación inicial del Código Procesal Penal de 2004¹⁶.

Al respecto basta con señalar que según algunos datos estadísticos el *plea bargaining*, en algunos estados de la unión americana, logra dar solución a un noventa y cinco por ciento, aproximadamente, de los conflictos penales¹⁷, razón por la cual existe una suerte de dependencia al *plea bargaining*¹⁸ al punto que la legislación constitucional ha sido reestructurada, según denuncia William Stuntz¹⁹, más con el propósito de asegurar mayores acuerdos de culpabilidad que de lograr mejores juicios. Del mismo modo, la aparición de normas sustantivas destinadas a endurecer la reacción punitiva –como las leyes de *Three Strikes*– mejoran las posibilidades del *plea bargaining*²⁰.

Finalmente, y con relación a lo sostenido anteriormente, a diferencia de los ámbitos específicos de aplicación con que fue introducido a nuestro

zadamente en: CÓRDOBA, Gabriela. “Acuerdos informales en el procedimiento penal alemán”, en: Lascano (h), Carlos Julio (Coordinador). *Nuevas formulaciones en las Ciencias penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, Lerner*. Córdoba, 2001, págs. 737 y sgtes.

- 16 Se sostiene que, en un 71% de los casos del distrito judicial de Huaura, el Ministerio Público viene solicitando la terminación anticipada del proceso, de los cuales un 90% ha concluido con sentencia anticipada; así en: REYES ALVARADO, Víctor. “El proceso especial de terminación anticipada. Su aplicación en el Distrito Judicial de Huaura a partir de la vigencia del Código procesal penal de 2004”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 156. Gaceta Jurídica. Lima, 2006, pág. 141.
- 17 HERZOG, Sergio, “Plea bargaining practices: Less covert, more public support?”. En: *Crime & Delinquency*, N° 50-4. Sage Publications. Londres, 2004, pág. 590; LEE, Seung-Hee, “The scales of justice: Balancing neutrality and efficiency in plea-bargaining encounters”. En: *Discourse & Society*. N° 16-1. Sage Publications. Londres, 2005, pág. 33. No mucha diferencia se observa en el dato oficial (90% por ciento) contenido en: *Semblanza del sistema jurídico de E.E.U.U.*, pág. 101; también en: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., pág. 448; NATAPOFF, Alexandra. “Speechless: The silencing of criminal defendants”. En: *New York University Law Review*, volumen N° 80. New York, s/f.
- 18 KESSLER, Amalia. Ob. cit., pág. 1189.
- 19 STUNTZ, William J. “The political constitution of criminal law”. En: *Harvard Law Review*, N° 119, págs. 836, 2005.
- 20 PILLSBURY, Samuel H. “A problem in emotive due process: California’s three strikes law”. En: *Buffalo Criminal Law Review*. N° 6. Buffalo State University, New York, s/f, pág. 489.



ordenamiento procesal penal²¹, el Código Procesal Penal de 2004 propone una aplicación general de la terminación anticipada, sin ninguna exclusión²².

El *plea bargaining*, cuya expresión castellana posible es “acuerdo negociado”, viene siendo desarrollada en los Estados Unidos de América desde hace unos cien años²³ y con reconocimiento pleno por la Jurisprudencia del Supremo Tribunal desde hace más de treinta años²⁴, es una suerte de transacción judicial previa al inicio del juzgamiento (juicio oral). Y es, en efecto, una transacción en la medida que los sujetos procesales involucrados (Ministerio Público y acusado) se otorgan recíprocas concesiones²⁵: el imputado negocia el reconocimiento de su culpabilidad y el Ministerio Público negocia una posible reducción considerable de la pena²⁶.

Justamente es a partir del carácter negocial de la figura que se comprende que, conforme declara el artículo 303.1 del nuevo Código Procesal Penal, solo tengan capacidad de plantear una petición de terminación anticipada aquellos que tengan algo que negociar: el Ministerio Público y el acusado.

Precisamente, por esta razón, se exige para la tramitación del procedimiento de terminación anticipada que la contraparte (Ministerio Público o imputado, según sea el caso) no se oponga al procedimiento de terminación

-
- 21 La terminación anticipada se introdujo a nuestro ordenamiento procesal penal mediante leyes especiales para ámbitos específicos de criminalidad como el tráfico ilícito de drogas (Ley N° 26320, del 2 de junio de 1994) y el delito aduanero (Ley N° 26461, del 8 de junio de 1995); al respecto: SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, pág. 922; Ídem. *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa. Lima, 2005, pág. 183; VEGA BILLÁN, Rodolfo. *Derecho procesal penal explicado con sencillez*. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, págs. 560-561.
- 22 TALAVERA ELGUERA, Pablo. *Comentarios al nuevo Código Procesal Penal*. Grijley, 2004, pág. 105.
- 23 SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, pág. 289.
- 24 A través de los precedentes correspondientes a los casos *Brady vs. Unites States* y *Santobello vs. Unites States que reconocen el plea bargaining* a partir del modelo adversarial norteamericano; véase: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. cit., pág. 449.
- 25 ALBRECHT, Hans Jörg. Ob. cit., pág. 18; LEE, Seung-Hee. Ob. cit., pág. 33.
- 26 SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, pág. 289; ALBRECHT, Hans Jörg. Ob. cit., pág. 18; VEGA BILLÁN, Rodolfo. Ob. cit., págs. 562-563. En ese sentido también la Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2004, en el caso “Rodríguez López” (Exp. N° 855-203-HC), en donde precisa que la terminación anticipada “es un acuerdo entre el procesado y la fiscalía, con admisión de culpabilidad de alguno o algunos de los cargos que se formulan, permitiéndole al encausado la obtención de la disminución punitiva”.



anticipada; así como en un contrato de compraventa se requiere que exista una contraparte que quiera compra o vender, en la terminación anticipada debe existir una contraparte que quiera negociar.

Ahora, el acuerdo negociado puede solicitarse, conforme al artículo 303.1 del nuevo Código Procesal Penal, luego de haberse emitido la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria y antes de la acusación fiscal. Esta limitación temporal del momento de incoación de la terminación anticipada parece identificar la ratio de la institución: **La aceleración del proceso penal a través del ahorro del juzgamiento.**

Hay que reconocer que no solo las partes obtienen algo a cambio tras la concretización de un **acuerdo negociado**, también el sistema de administración de justicia resultaría beneficiado: el proceso judicial termina rápidamente, descongestionándose el sistema con los efectos económicos de reducción de costes que ello genera²⁷. De allí que un amplio sector de los estudios del *law and economics* propugnen la generalización de la aplicación del *plea bargaining*²⁸.

Las críticas sobre el *plea bargaining* son innumerables y se ubican principalmente en terrenos constitucionales.

En este orden de ideas, se cuestiona, por ejemplo, la ambivalente respuesta: se trata con severidad a quien, siendo inocente, se declara culpable para eludir el riesgo de una pena grave²⁹; se trata con indulgencia a quien, siendo responsable, se vale de la aceptación de cargos para recibir una pena menor³⁰. Esto, como es evidente, se relaciona con el ideal de justicia: los acuerdos negociados –se critica– no realizan el ideal de justicia³¹ y desplazan el conocimiento de la verdad material por el consenso del imputado³².

Este aspecto, aunque aparentemente no resulta tan sensible en el modelo norteamericano en la medida que aquel no se sustenta, como el sistema

27 Justamente sería el aspecto económico el único elemento destacable del acuerdo negociado; al respecto: SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, pág. 294.

28 GAZAL, Oren. “Screening, plea bargains and the innocent problem”. En: *The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series*, N° 31. Pág. 02, University of Michigan Law School, Michigan, 2004 (<http://law.bepress.com/umichlwps/olin/art31>).

29 Lo que, en un sistema de individualización de la pena como el norteamericano, es un aspecto especialmente importante; así: MA, Yue. Ob. cit., pág. 41.

30 LEE, Seung-Hee. Ob. cit., pág. 34; distinta opinión en: GAZAL, Oren. Ob. cit., pág. 03.

31 TOCORA, Fernando. Ob. cit., pág. 460.

32 SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*, pág. 44.



inquisitivo, en la búsqueda de la verdad sustantiva³³, ha provocado múltiples cuestionamientos relacionados con la inobservancia, en los procedimientos de *plea bargaining*, de criterios de individualización judicial de la pena contenidos en los *sentencing guidelines*³⁴.

Con relación a la indulgencia con que se trataría al verdaderamente culpable a través del *plea bargaining*, los estudios realizados al respecto dan cuenta de la existencia de una sensación colectiva en virtud de la cual, los acuerdos colectivos implicarían un trato "*soft on crime*" ("suave frente al crimen")³⁵. Esta percepción de condescendencia con el delito se produciría no solo desde la perspectiva social, sino que involucraría también la visión del imputado que, dadas las características del acuerdo negociado, se sentiría más como la parte débil de una transacción lo que afectaría los efectos preventivos de la determinación de responsabilidad penal³⁶.

Algunas críticas contra el *plea bargaining* se dirigen a su posible carácter selectivo, pues su aplicación se vería condicionada a factores de clase³⁷. Efectivamente, recuerda acertadamente Schünemann cómo la sicología del juego de la negociación provoca que el más poderoso sea quien imponga sus intereses al otro, y el proceso penal se transformaría "en una regulación de conflictos regidos por criterios de poder y no por criterios jurídicos"³⁸. En un contexto en que el poder del Ministerio Público se incrementa significativamente³⁹, resulta evidente el desbalance en perjuicio del imputado.

Esta problemática se puede intensificar cuando se recurre a ciertas prácticas destinadas a llegar en mejores condiciones a la fase de la negociación. En efecto, algunas prácticas como el "*overcharging*" ("sobre acusación"), el cual consiste en la incrementación e intensificación de los cargos

33 MA, Yue. Ob. cit., pág. 42.

34 KING, Nancy/ SOULÉ, David/ STEEN, Sara/ WEIDNER, Robert. Ob. cit., pág. 960.

35 HERZOG, Sergio. Ob. cit., pág. 591.

36 SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?", pág. 300; en sentido similar: BAKER, Scout & MEZZETTI, Claudio. *Prosecutorial resources, plea bargaining and the decision to go to trial*. Working Paper. N° 00-02, pág. 2, Department of Economics, University of North Carolina (www.unc.edu/depts/econ).

37 TOCORA, Fernando. Ob. cit., pág. 459.

38 SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?", pág. 298.

39 MA, Yue. "Prosecutorial discretion and plea bargaining in the United States, France, Germany, and Italy: A comparative perspective". En: *International Criminal Justice Review*. N° 12. Georgia State University, 2002, pág. 23.



e imputaciones por parte del acusador con el propósito de lograr arribar en mejores condiciones al proceso de negociación⁴⁰. La formulación de cargos por el Ministerio Público, sin sustento en una causa probable es, además de un comportamiento éticamente impropio, ilegal y, por ello, no integra el halo de facultades propias del acusador⁴¹. En el contexto mencionado, la imposición y persistencia de las medidas de coerción personal más gravosas, como la detención preliminar, puede ser un elemento relevante en la negociación de la culpabilidad.

Otra de las circunstancias que provoca el mencionado desbalance a favor de la parte acusadora es la proliferación de tendencias punitivistas que, como la legislación norteamericana de *three strikes*⁴², permiten a la parte acusadora proponer penas altamente intimidatorias⁴³.

Otro de los aspectos en cuestión se vincula a la desformalización propia del *plea bargaining*, así como su carácter anónimo, en la medida que en este intervienen *behind closed doors* (tras puertas cerradas) solo el acusador y el acusado⁴⁴, lo que provoca un alto riesgo de abuso dado que solo los involucrados saben si, en efecto, se hizo justicia.

Ahora, una posible intervención del juez en los acuerdos negociados se objeta sobre la base del derecho al juez imparcial⁴⁵. En efecto, la garantía de la presunción de inocencia se afecta si el juez realiza algún tipo de acción destinada a lograr la confesión del imputado, de allí que se subraye en la doctrina procesal penal norteamericana los posibles efectos del *plea bargaining* sobre su Quinta Enmienda Constitucional dirigida a proteger al ciudadano contra la autoincriminación⁴⁶.

Estas dudas se manifiestan en nuestro estatuto procesal penal en implementación a través de la cláusula contenida en el artículo 468.5 del cual

40 Destacan la importancia del comportamiento previo del acusador en la existencia de un acuerdo negociado: BAKER, Scout & MEZZETTI, Claudio. Ob. cit., pág. 01.

41 MA, Yue. Ob. cit., págs. 26-27.

42 Sobre los orígenes y características del *three strikes*: CASTIÑEIRA, María Teresa y RAGÜES, Ramón. "Three strikes: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos". En: *Desafíos del Derecho penal contemporáneo*. Collantes Gonzáles, Jorge (coordinador). Normas Legales. Trujillo, 2004, pág. 143.

43 PILLSBURY, Samuel H. Ob. cit., pág. 489.

44 HERZOG, Sergio. Ob. cit., pág. 591; igualmente crítico: SCHÜNEMANN, Bernd. "¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?", pág. 298.

45 HERZOG, Sergio. Ob. cit., pág. 593.

46 MA, Yue. Ob. cit., pág. 26.

impone al juez la obligación de “instar” a las partes a la celebración del acuerdo de terminación anticipada. Una intervención de las características propuestas en el texto del artículo 468.5 del Código Procesal Penal de 2004 es notoriamente opuesta al contenido esencial del derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial⁴⁷.

A este nivel destacan también las objeciones hechas desde el principio de presunción de inocencia⁴⁸. Debe recordarse que la presunción de inocencia exige una mínima prueba de cargo, en ese contexto, es muy probable que la aceptación de cargos propia del *plea bargaining* resulte incompatible con el contenido esencial de la garantía de presunción de inocencia⁴⁹.

47 De distinta opinión: REYES ALVARADO, Víctor. Ob. cit., pág. 142.

48 Así: SCHÜNEMANN, Bernd. “¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?”, pág. 296.

49 A este respecto deben recordarse las consideraciones hechas por la Corte Costituzionale italiana al resolver los cuestionamientos de constitucionalidad formulados a la figura del *patteggiamento*, fórmula similar al *plea bargaining* norteamericano, en el sentido de la inexistencia de vulneración al contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia porque el *patteggiamento o applicazione concordata della pena* supone tan solo la renuncia a la posibilidad de contestar la acusación, manteniéndose indemne la necesidad de contar con una mínima actividad probatoria capaz de destruir la presunción de inocencia; al respecto: SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pág. 1025. Las sentencias N° 313, del 2 de julio de 1990, 251, del 6 de junio de 1991, y 443, del 12 de octubre de 1990, pueden ser consultadas en el motor de búsqueda jurisprudencial de la Corte Costituzionale italiana (www.cortecostituzionale.it).



COMENTARIO 3:

EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO Y SU APLICACIÓN EN LA ETAPA INTERMEDIA

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE*

1. A MODO DE APROXIMACIÓN

Es sabido, que las garantías que se comprenden en la idea de un «debido Proceso Penal», importa la configuración de un procedimiento acorde con las exigencias de los Tratados y Convenios Internacionales sobre derechos humanos; en el sentido, de articular y reglar mecanismos y herramientas, tendientes a cautelar el respeto inescrupuloso de los derechos fundamentales, cuyo haz de derechos se encuentran consagrados en el texto ius-fundamental; esto quiere decir, que el dictado de una sentencia de condena, en cuanto destrucción del principio de presunción de inocencia, solo puede tomar lugar cuando se haya actuado una suficiente prueba de cargo (*de incriminación*), susceptible de generar un grado alto de certeza y convencimiento, en cuanto a la comisión del hecho punible así como de la responsabilidad penal del acusado.

Tenemos, entonces, que las máximas del «debido proceso» (*fair trial - dueprocess of law*¹), solo resultan observadas, cuando al imputado y al resto de sujetos procesales, se les dio la oportunidad de ejercer con toda amplitud, las garantías y derechos, contemplados en la ley procesal-penal; y, así, en lo que respecta a la «tutela judicial efectiva», en cuanto a los derechos de

* Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, Docente de la AMAG, Fiscal Adjunto Superior adscrito en la Primera Fiscalía Suprema Penal, Magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, Título en Post-grado en Derecho procesal penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), ex-Asesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación. Autor de obras de Derecho penal y Derecho procesal penal (*Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas; Derecho Penal. Parte Especial. 6 Tomos; Exégesis al nuevo Código Procesal Penal. 2 Tomos; Derecho Penal Económico; Delitos contra el Patrimonio; Delitos contra el Honor y su conflicto con el Derecho a la Información.*

1 En palabras de Esparza Leibar, se trata de una compleja institución y de importancia fundamental dentro del sistema jurídico de los EEUU. La complejidad está garantizada por el hecho de tratarse de un elemento que se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones durante más de siete siglos, a través de la constante interpretación jurisprudencial y de la no menos trascendente elaboración doctrinal; *El Principio del Proceso Debido*. José María Bosch Editor, SA, Barcelona, p. 70.

defensa, de contradicción, de impugnación, de obtener una resolución fundada en Derecho, de proponer prueba a su favor (proposición probatoria), de una decisión judicial debidamente motivada (*justificada*), de la gratuidad de la justicia, de conocer los alcances precisos de la imputación delictiva en su contra (*el imputado*), de acceder a la jurisdicción, etc. Ello importa todo un abanico de garantías y derechos, que tienen carta de ciudadanía *normativa*, por lo que a su formal vigencia se suma su aplicación material, por parte de los órganos que administran justicia en lo penal. Importa todo un ideario filosófico, un rosario de intereses recogidos en el texto ius-fundamental, que han de proyectarse a todo tipo de procedimiento judicial, de especial repercusión en el ámbito del procedimiento penal, dado la naturaleza de los intereses jurídicos en juego².

Dicho lo anterior, se proclama que el debido Proceso Penal, comporta la conjunción de una serie de derechos y garantías, que en el marco de la pretensión punitiva, adquiere una especial relevancia, en el sentido de revestir al imputado de una serie de mecanismos y herramientas, encaminadas a poner freno a toda manifestación de arbitrariedad pública, de darle la oportunidad de defenderse de los cargos que se alzan en su contra, de desvirtuar y/o refutar la tesis de incriminación del órgano acusador, sin que ello quepa inferir una inversión de la carga de la prueba, sabedores del régimen probatorio que configura el modelo acusatorio así como la máxima del principio de presunción de inocencia.

Es así, que debe garantizarse que la privación de libertad –como consecuencia del Proceso Penal–, constituya un dictado jurisdiccional, sostenido en las pruebas actuadas en el Juzgamiento, que con suficiente objetividad y solvencia acreditativa, indiquen que el hecho encausado es delictivo y que el imputado es el responsable de su perpetración, habiéndose garantizado los derechos de defensa y de contradicción, de conocer en todo momento, los términos exactos y precisos de la imputación delictiva. No olvidemos que la libertad, es un bien jurídico de especial connotación constitucional, por lo que su afectación solo ha de proceder, cuando sea necesario para tutelar otros intereses jurídicos (defensa de la sociedad).

2 Desde esta perspectiva, anota Cerda San Martín y Felices Mendoza, la Constitución Política del Perú, ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas. Se trata, en ambos casos, de una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos orgánicos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes (proceso), así como –de la actuación formal de la pretensión punitiva y de su resistencia hasta la sentencia definitiva (procedimiento); *El Nuevo Proceso Penal...*, Editorial GRIJLEY, p. 58.



Nos relata Bacigalupo, que el problema del equilibrio entre los fines del proceso penal, es decir, entre la condena del culpable y la protección del inocente es una cuestión permanentemente discutida en los últimos veinticinco años. Con frecuencia se sostiene que un proceso penal orientado exclusivamente a la protección del inocente puede reducir de una manera intolerable la eficiencia del Derecho penal, acompañando este discurso de una exaltación de los derechos de la víctima o de la necesidad de seguridad de la sociedad³.

De lo sostenido, debe partirse de un *balancing test*, de *esquelas compartidas*, en cuanto a los intereses jurídicos en conflicto, lo que si bien no resulta empresa fácil, ha de definir la proyección de política criminal, conforme a un Proceso Penal, que ansía a respetar las garantías fundamentales y a su vez, a propiciar un estado de seguridad ciudadana, mediano la imposición de condenas a los infractores de la norma jurídico-penal, nos referimos a la eficacia, como bastión del Estado de Derecho, apuntalada a combatir todo resquicio de impunidad.

Resultando, por ende, que las reformas del modelo procesal-penal, se orientan básicamente en dicha orientación teleológica, tal como sucede en el caso del nuevo CPP así como de las noveles codificaciones procesales, que se han implementado en Latinoamérica y en Europa occidental; de recibo, que se adopte un Proceso Penal «garantista» y, así evitar arbitrariedades e injusticias. ¿De qué sirve una sentencia judicial de condena contra presuntos traficantes de droga, si parte del material probatorio introducido al procedimiento, tomó lugar en franca vulneración al contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado? Lo que pretendemos decir, en todo caso, es que mientras más se hayan respetado dichas garantías, es que menos posibilidad de cuestionamiento, se abre contra la resolución jurisdiccional.

Visto así las cosas, la sujeción a las reglas del debido Proceso Penal, habría de ser la guía que conduce todas las causas, que llegan a conocimiento de las agencias estatales predisuestas, conforme a una visión lineal del estado de la cuestión. Mas los reparos surgen de inmediato, pues debe reconocerse que el sistema de justicia –tal como está diseñado–, no está en condiciones de procesar todas las causas que son judicializadas, tanto por motivos de orden material, personal y logísticos. Es todo un despropósito concebir que todos los hechos criminales que se cometan en el país, sean objeto de un mismo procedimiento, es decir, con una fase de investigación preparatoria, una etapa intermedia y la fase del Juzgamiento; solo un mínimo de dicho

3 BACIGALUPO, E. *El Debido Proceso Penal*. José Luis Depalma Editor, Argentina, 2005, p. 24.



porcentaje debe llegar al Juicio Oral, por evidentes razones de eficacia y de eficiencia. Las estadísticas no mienten, cuando nos indican que la resolución de casos es mínima, en proporción a las causas que son judicializadas.

Nadie niega la necesidad de ser respetuoso de las reglas del juego limpio, pero, a su vez, ello importa admitir que una abultada cifra de la criminalidad como las deficiencias del propio sistema, dificultan e impiden que se pueda proseguir conforme a una respuesta monolítica del orden procesal, que a lo único que conduce es a morosidad judicial y a sobrecarga procesal, mediando la tramitación de procedimientos penales que duran años de años, lo cual niega la vigencia de una verdadera «tutela jurisdiccional efectiva», pues una respuesta que tarda tanto en concretarse, ya no es susceptible de colmar las legítimas expectativas de los sujetos procesales.

El nuevo CPP –así como los códigos que se enmarcan en el sistema acusatorio–, combinan armoniosamente «garantías» con «eficacia», por lo que la reformulación de la política criminal supone tomar en cuenta este último componente, demandando la inclusión de nuevos procedimientos, que permitan solucionar la problemática existente. Procedimientos penales especiales –que, en sustancia–, comportan la abreviación de las etapas procesales, mediando la vigencia de la «negociación», el «acuerdo» y el «consenso», entre los sujetos confrontados.

Así en la doctrina nacional, cuando se escribe que no solo son razones pragmáticas originadas en las deficiencias del sistema de administración de justicia penal las que abonan a favor de las fórmulas aceleratorias del proceso penal, sino el clamor constante, debido a la comprensión del proceso penal como instrumento de realización de los derechos fundamentales, de tutela jurisdiccional efectiva y de no afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable⁴. Una tutela judicial efectiva, que no solo tiene que ver con los derechos del imputado –de quien es sometido a la persecución penal–, sino que debe acogerse también a la víctima, en cuanto a un legítimo derecho indemnizatorio, de ver reparado los daños ocasionados por la conducta criminal y, es así, que una de las condiciones que debe guiar estos procedimientos especiales, es el compromiso del imputado, de satisfacer los costos de la condena civil, de no ser así, seguimos percibiendo al Proceso Penal, desde matices netamente punitivos. Roxin, señala al respecto, que todo parece indicar que nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde

4 ALFARO REYNA, L. M. "Plea Bargaining y Terminación Anticipada. Aproximación a su problemática fundamental". *Actualidad Jurídica*, N° 158, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 129.



el punto de vista político-social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer⁵.

Aparece así, el denominado «Derecho Penal Premial», que tiene como fuente más directa, al *bargaining*, que toma lugar en el derecho anglosajón, en cuanto al consenso que se manifiesta entre la acusación y la defensa; de cuyo cuño, se identifican amplios poderes de discrecionalidad al Fiscal, con un poder de negociación, que lo coloca casi por encima del juzgador. Un modelo así delineado, no se ajusta al sistema jurídico que rige en el Perú, donde el principio de legalidad, define que solo mediante una decisión típicamente jurisdiccional, es que se puede por fin a la persecución penal.

Se vislumbra, por tanto, el quiebre de ciertos íconos y paradigmas privativos del sistema jurídico continental-europeo, en cuanto al principio de estricta legalidad y del debido proceso, para dar paso al juego, al consenso, a la negociación de las partes, característico del derecho anglosajón (*norteamericano*); ante la inoperancia del sistema imperante, ha de acudir a otras fórmulas de política criminal. Por lo que se dice en la doctrina nacional, que no causa ninguna extrañeza que instituciones provenientes del Derecho norteamericano vayan trasladándose, íntegra o parcialmente, a nuestro procedimiento, como parte de una suerte de globalización y expansión de la justicia penal⁶.

La aplicación de la negociación procesal, comporta dos aspectos a saber: primero, apartarse de la búsqueda de la verdad material, dando lugar a una verdad formalizada consensualmente y, segundo, prescindir del debate contradictorio en el escenario del Juzgamiento. El debate probatorio es reemplazado por la negociación y el acuerdo y, la oralidad, por el secretismo en que se produce los términos del consenso procesal.

Ojo, acá no estamos frente a delitos de bagatela –como sucede en los criterios de Oportunidad–, pues tanto la «Terminación Anticipada del Proceso» como la «Colaboración Eficaz», tienden su operatividad práctica a cualquier clase de delito, esto es, ante injustos graves y meridiana gravedad, por lo que la intervención del juez, es un imperativo categórico, que no puede soslayarse, so pretexto de afianzar la eficacia y eficiencia de estos procedimientos especiales. Situación que nos lleva a sostener, que si bien las diver-

5 ROXIN, C. *Fundamentos político criminales del Derecho penal*. José Luis Depalma editor, 2008, Buenos Aires, p. 217.

6 REYNA ALFARO, L. M. "Plea Bargaining y Terminación Anticipada...". Ob. cit., p. 130.



sas tipologías que se extraen de la Justicia Penal Consensuada, provienen (son *importadas*) del derecho anglosajón norteamericano, no es menos cierto que su adopción –en latitudes como el Perú–, ha de realizarse conforme al respeto de ciertas garantías.

Como bien señala Doig Díaz, esta influencia no ha supuesto una reproducción del modelo criminal norteamericano –por el contrario, presentan sustanciales diferencias con este– sino su modulación, dirigida a conseguir que se adapte a los sistemas jurídicos continentales, en los que tiene –recordemos– plena vigencia el principio de legalidad⁷.

Observamos eso sí, un relajamiento del principio de legalidad procesal y también del de legalidad material, este último de cierta forma, reivindicado, cuando se da paso al control judicial del acuerdo, pues el órgano jurisdiccional ha de desaprobado todo acuerdo que implique una afectación a dicho criterio rector del Derecho penal sustantivo.

Estamos hablando de la aplicación de criterios de «racionalización» y de «selectividad», como filtros de valoración, que ha de tomar en cuenta el Fiscal y la defensa, en el manejo y gestión de los casos que asuman. Bajo tal entendimiento, la operatividad de estos procedimientos –de culminación temprana–, significa una herramienta trascendental para dotar de eficacia a la administración de Justicia Penal, trayendo a colación una serie de ventajas para los sujetos procesales, tanto para la pareja criminal como para el propio sistema, obteniéndose una decisión judicial con mayor celeridad, así el imputado tendrá certeza impronta sobre su situación jurídica, logrando una rebaja de la sanción punitiva; la víctima, verá satisfecha su pretensión indemnizatoria, sin necesidad de recorrer todo el decurso del procedimiento penal⁸; el Fiscal, podrá reducir su carga procesal y la administración de justicia, concentrará sus esfuerzos en los casos de mayor complejidad.

La configuración de estos procedimientos, hacen inclinar la balanza a una suerte de eficacia del proceso, en lo concerniente a lograr una tutela judicial en verdad efectiva, tendiente a satisfacer las pretensiones de los su-

7 DOIG DÍAZ, Y. "El Proceso de Terminación Anticipada en el Código Procesal Penal de 2004". En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

8 A decir de Reyna Alfaro, por el lado de la víctima, quien realmente se halla tras la lesión del bien jurídico, tenemos que la dilación excesiva en la resolución de un caso penal por parte del sistema de administración de justicia penal puede afectar su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva. Si la tutela jurisdiccional demora en llegar, deja de ser efectiva; "Plea Bargaining y Terminación Anticipada...". Ob. cit., p. 129.



jetos procesales; una nueva forma de gestión de los casos penales, que parte de la premisa de hacer más cortos los procesos, de simplificarlos, a través del acuerdo de los sujetos adversarios, tomando en cuenta criterios en puridad *economicistas de la Justicia Penal*.

Taboada Pilco, siguiendo a Sánchez Rivero –doctrina costarricense–, apunta que el proceso de terminación anticipada precisamente responde a estos factores de racionalización⁹ (...), cuando ante la producción de un evento criminal, la sociedad y especialmente la propia víctima, esperan una respuesta rápida y eficaz de la justicia formal, que satisfaga la pretensión penal con la imposición de la pena al delincuente dentro de los parámetros legales y la pretensión civil con la efectiva reparación del daño causado, lo que puede lograrse antes del juicio a través de una suerte de transacción entre el fiscal y el imputado sobre las circunstancias del hecho punible, la pena y la reparación civil llevada al juez de la investigación preparatoria para su homologación, en tanto cumpla con los criterios de suficiencia probatoria, legalidad y razonabilidad¹⁰.

Si bien la eficacia de estos procedimientos es innegable, la problemática estriba en su uso indiscriminado¹¹, es decir, ante hechos que no merecen ser sometidos a su aplicación o dando lugar a consecuencias jurídico-penales que no guardan correspondencia con el principio de legalidad; ello llevado, a la categórica afirmación, de que el persecutor público, solo puede promover acuerdos de terminación anticipada del proceso, ante aquellas causas que revelen suficientes indicios de criminalidad, de que ha cometido un hecho punible y de que el imputado –según el recaudo probatorio acopiado en la investigación–, lo hace ver como autor y/o partícipe del injusto penal; de no ser así, el Fiscal no puede instar este procedimiento, pues podría lograrse la condena de un inocente.

Es, en este punto, donde debe recalcar la necesidad de garantizar que el imputado conozca de las consecuencias y de los alcances de su admisión de culpabilidad (*plea guilty*), de que ello implica asumir las consecuencias jurídico-penales y jurídico-civiles de la sentencia de condena.

9 En lo referente a la eficacia, el cálculo, la previsibilidad y el control; citado por REYNA ALFARO, L. M. “*Plea Bargaining y Terminación Anticipada...*”. Ob. cit., p. 130.

10 TABOADA PILCO, G. *El Proceso Especial de Terminación Anticipada en el nuevo Código Procesal Penal. Especial referencia a su aplicación en el Distrito Judicial de La Libertad*. Gaceta Penal & Procesal Penal, Tomo 2, agosto del 2009, p. 32.

11 Conforme se ha tenido oportunidad de observar en algunas resoluciones judiciales, sobre todo en los distritos judiciales, donde se ha implementado el nuevo CPP.



Siendo así, el proceso de «Terminación Anticipada del Proceso», no ha sido pensado para el encauzamiento de inocentes, sino únicamente para aquellos agentes culpables (imputados), que renuncian al principio de presunción de inocencia y al contradictorio, para acelerar el trámite procesal correspondiente y verse favorecidos con una penalidad morigerada en sus efectos. Resulta desdeñable y repudiable desde todo aspecto ético y jurídico, que los operadores jurídicos promuevan este procedimiento, ante un hecho que no cuenta con causa probable de criminalidad. Si es así, son dos los caminos a tomar: primero, se continúa con la investigación, a fin de recaudar mayor caudal probatorio de incriminación o, se solicita el sobreseimiento de la causa al Juez de la IP.

Punto importante a saber, es que no puede soslayarse, que los términos punitivos del acuerdo de terminación anticipada, si bien pueden incidir en una atenuación del marco imponible, éstos no pueden llegar a extremos, muy por debajo del mínimo legal, es decir, no estamos frente a una eximente incompleta o atenuación de orden sustantiva, sino ante una posición procesal del imputado, de declararse culpable de los cargos, no en realidad ante un *confeso*, por lo que no pueden dejarse de lado los sentimientos de justicia de la comunidad así como los fines preventivo-generales de la pena. De ahí, que se generen reparos legítimos, cuando salen a luz, sentencias condenatorias de TAP, donde se sanciona con penas mínimas a delitos sumamente graves, como, por ejemplo, un robo o hurto agravado, con una pena condicional, suspendida por tres años. Dando entender los operadores jurídicos involucrados, que ello es todo un logro, al obtenerse una sentencia en tiempo record, sin interesar que estaría emitiendo decisiones jurisdiccionales francamente lesivas a los principios que guían la determinación e individualización de la pena.

Si bien hemos ingresado al análisis de temas de fondo –en el tópico que nos ocupa el abordaje–, lo hacemos solo con el ánimo de reflexión, de que la aplicación de estos procedimientos penales especiales, está condicionada a la concurrencia de una serie de factores y/o presupuestos, que deben ser observados en rigor por los operadores jurídicos, amén de no desnaturalizar su esencia y contenido.

2. EL PROCESO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA ETAPA INTERMEDIA

Hemos convenido que la institución de la TAP, se adscribe a una corriente de política criminal, que tiene como norte ofrecer medidas alternativas al procedimiento penal común, de que la linealidad que se debe seguir en esta



estructura procedimental, se deje lado, cuando consideraciones particulares así lo aconsejen. En tal entendido, la búsqueda de otras salidas, tempranas de conclusión del proceso, permite una serie de ventajas a todos los sujetos procesales, no solo al imputado, sino también a la Fiscalía y a la administración de justicia, procurando una descarga procesal significativa y así concentrar los recursos logísticos y materiales a los casos emblemáticos y, a la víctima darle la posibilidad de ver satisfecha su legítima pretensión indemnizatoria en forma más impronta, a un menor costo procesal; de ahí, que en los distritos judiciales que están aplicando el nuevo CPP, se haya reportado resultados interesantes en la aplicación de esta institución jurídico-procesal¹².

La problemática estriba cuando la norma choca frontalmente con la praxis jurisprudencial, en el sentido de que las orientaciones aplicativas de la TAP, que se fueron sucediendo en los distritos judiciales de Huaura¹³, La Libertad, Arequipa, Piura, etc., graficó la disparidad de criterios, en cuanto a la procedencia o improcedencia de la TAP en la EI; lo cual finalmente suscitó el dictado de un Acuerdo Plenario por parte de la Corte Suprema. Así, cuando se señala en la doctrina, que la reforma procesal peruana está atravesando sus primeros años, es comprensible que la manera como se viene aplicando las instituciones novedosas esté siendo cuestionada por la doctrina nacional en algunos casos¹⁴.

Es de verse, que la necesidad de implementar el modelo procesal «Acusatorio» en nuestro país, no solo tenía que ver con una cuestión de principios, de dotar de contenido material (legal) las garantías fundamentales del debido Proceso Penal, conforme se desprende del Título Preliminar del nuevo CPP, sino también, el interés de imprimir una mayor celeridad en los procedimientos y, así reducir la ostensible carga procesal que manejan los

12 Vide, al respecto, CASTRO TRIGOSO, H. *La Terminación Anticipada en la Etapa Intermedia del nuevo Proceso Penal*. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 06, diciembre 2009, p. 17.

13 Así, Villavicencio Ríos, nos relata que la existencia de procesos adecuados con acusación, cuando se inicio en Huaura la aplicación del Código Procesal Penal, justifica que los jueces admitieran, en el año 2006, la aplicación de la terminación anticipada del proceso, en la audiencia de control de la acusación; porque no existía otra posibilidad que impida que el caso vaya a la etapa de juzgamiento; ya que la etapa de investigación preparatoria haya precluido; *La Terminación Anticipada del Proceso en las Audiencias de Prisión Preventiva y de Control de la Acusación Fiscal*. Gaceta Penal & Procesal Penal, N° 03, septiembre del 2009, p. 274.

14 IBARRA ESPÍRITU, C. E. "Terminación Anticipada en la Etapa Intermedia". En: MIXAN MASS, F. y otros. *El Proceso de Terminación Anticipada. Estudios y práctica procesal*. Ediciones BLG, Trujillo - Perú, p. 40.



Tribunales de justicia en nuestro país. A tal efecto, habría de romper con ciertos paradigmas, con determinados íconos que impedían proyectar nuevas herramientas e instituciones, para hacer del Proceso Penal, una vía idónea para solucionar rápidamente la conflictividad social producida por el delito así como la panacea de los derechos fundamentales.

Siendo así, se avizoró la entrada en vigencia de procedimientos penales especiales, cuya lógica conceptual, se basa en el consenso y en la negociación de las partes enfrentadas; quienes a partir de una recíproca concesión de liberalidades, deciden poner fin a la persecución penal, a través de un acuerdo de TAP, incidiendo en una culminación temprana de la causa, bajo el control estricto de la legalidad por parte del Juez de la IP, a través de una sentencia de condena¹⁵. Es así, que la operatividad de esta institución jurídico-procesal, importa toda una estrategia en el litigio procesal, en el sentido de que la defensa del imputado ha de optar por acogerse a la TAP, cuando la fiscalía cuenta con suficientes evidencias de cargo y, el persecutor público, cuando requiera reducir su carga procesal y, así consensuar los términos del acuerdo con el imputado. Por consiguiente, esta posibilidad de estar presente en todo el decurso de la Investigación Preparatoria, como la misma norma procesal lo dispone, cuya literalidad reza de la siguiente forma: “*A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y hasta antes de formularse acusación fiscal (...)*”.

Ahora bien, es sabido que el Proceso Común –que se recoge en la normativa del nuevo CPP–, consta de tres etapas debidamente delimitadas:

- Investigación Preparatoria;
- Etapa Intermedia y,
- Juzgamiento

Cada una de las etapas mencionadas responde a una finalidad particular; en el caso de la IP, debemos decir, que es esencialmente dinámica y cognoscitiva a la vez; dinámica primero que todo, en la medida que el Fiscal debe recoger una serie de evidencias, de elementos de prueba que tengan

15 En palabras de Ibarra Espíritu, el imputado ha elegido concluir así su proceso; incluso él tiene la última palabra: si no acepta los cargos y las consecuencias jurídicas del delito, la terminación anticipada se frustra y todo lo actuado en este proceso especial se tiene por inexistente, no pudiendo luego intentar nuevamente su celebración; “Terminación Anticipada en la Etapa Intermedia”. En: MIXAN MASS, F. y otros. *El Proceso de Terminación Anticipada. Estudios y práctica procesal*, p. 36.



algún tipo de relación con el hecho punible que se está investigando, que será concretizado a partir de las diligencias que de forma directa o de parte de la policía decida realizar y, cognoscitiva, pues estos medios de información le permiten al persecutor público tomar un conocimiento preliminar de las cosas, que de forma conjunta pueden construir su caso, conforme la descripción típica sobre la cual pretende ajustar el relato fáctico que se desprende de la noticia criminal.

El Juzgamiento se constituye en el corolario del Proceso Penal, donde se dilucidará finalmente la situación jurídica del condenado, en cuanto a una condena penal o en su defecto, su absolución; la etapa –cuyo resultado–, puede significar la imposición del *iuspuniendi* estatal, cuando la actividad probatoria haya demostrado con suficiente solvencia y verosimilitud que el hecho enjuiciado es un verdadero injusto penal y que el acusador es su autor y/o partícipe, habiéndose enervado el principio de presunción de inocencia. Importa en otras palabras: el escenario donde toma lugar el debate probatorio, las estrategias de la litigación oral, cuya dinámica y versatilidad ha de ofrecer al juzgador todo un abanico de información, en orden a fijar el contenido de su decisión final.

Por su parte, la EI, opera como suerte de filtro de selectividad, de dar entrada al cese de la persecución penal o, en su defecto, de convalidar la Acusación fiscal y, así pasar a la etapa del Juzgamiento; despliega también una función valorativa y cognoscitiva a la vez, en cuanto a los medios de prueba que serán admitidos, para su actuación en el Juzgamiento, esto es, fijando los medios de prueba que serán debatidos en el acto de Juicio Oral, desechando aquellos obtenidos en inobservancia de la Ley y la Constitución; empero, con ello no decimos todo, pues la normativa procesal, le confiere a las partes proponer medios de defensa técnica así como instrumentos procesales encaminados a la culminación temprana del procedimiento penal, median-do la aceptación de culpabilidad del imputado de los cargos criminales –vía principio de oportunidad–. Ello revela, la ampliación de un plazo pertinente, para que las partes puedan llegar a un acuerdo reparatorio y, así evitar la realización del Juzgamiento, procurando satisfacer de forma impronta los intereses jurídicos comprometidos. Una vez culminada dicha etapa, si es que el imputado (ahora acusado), quiere allanarse a los términos de la acusación, no tiene más camino que acogerse a la institución de la Conformidad¹⁶.

16 Vide, más al respecto, PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*. T. II, RODHAS, Lima, 2009.



En la doctrina nacional, se indica correctamente que esta es una etapa de saneamiento, de control de legalidad de los actos¹⁷.

En el Acuerdo Plenario, se sostiene que:

“Dentro de la estructura del proceso común, la etapa intermedia es imprescindible. Una de las funciones más importantes que debe cumplir es el control de los resultados de la investigación preparatoria, para lo cual ha de examinar el mérito de la acusación fiscal y los recaudos de la causa con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio oral, el procedimiento principal”.

Conforme lo anotado, aparece la discusión si en la EI, puede también procederse a aplicar la TAP, que si bien desde un prisma de estricta legalidad, guarda razonables reparos, no sucede así, desde criterios de interpretación sistemática concatenados con la ratio y teleología que inspira la aplicación de estos mecanismos de simplificación procesal. En la doctrina nacional, Castro Trigoso –quien concilia con los postulados del Tribunal Supremo–, apunta que es innegable que la posibilidad de desarrollar la terminación anticipada en el marco de la audiencia de control de la acusación, no esta prevista en el NCPP, al punto que en el citado cuerpo normativo se ha establecido textualmente que el mencionado instituto puede instalarse hasta antes de la acusación fiscal. De allí, dice el autor, que nadie deba molestarse cuando en el Acuerdo Plenario (...) se califica como pretoriana a esta práctica, pues esa es la verdad; se trata de una creación de los jueces¹⁸. No es una cuestión de molestarse, es una cuestión que se mueve en otros torrentes, en otros cauces, en la necesidad de ajustar la aplicación de las instituciones jurídico-procesales, a los criterios de sistematización y a pautas ordenadoras, que en algunas oportunidades, puede desbordar el marco estricto de la ley; muchas prácticas judiciales sin reconocimiento legal fueron convalidadas con el devenir del tiempo, las cuales no generaron cuestionamiento, pues contaban con un plano de legitimidad y, sobre esto, nadie tiene que molestarse. Claro, que lo más conveniente, sería que estas prácticas judiciales se vean legitimadas con la respectiva reforma legal, en cuanto a un modificación normativa que apunte a dicho norte y, así salvar cualquier reparo, con respecto al principio de legalidad.

Siendo así, se advierte que los juzgados que vienen aplicando la TAP en la IP, lo hacen en el «Control de la Acusación», fase que se dirige al examen

17 IBARRA ESPÍRITU, C. E. “Terminación Anticipada en la...”. Ob. cit., p. 38.

18 CASTRO TRIGOSO, H. *La Terminación Anticipada en...* Ob. cit., p. 18.



de legalidad de los términos de la acusación fiscal, en cuanto a defectos formales y/o sustanciales así como resolver las peticiones, que tengan bien las partes a proponer ante la instancia jurisdiccional y, entre estas peticiones, esta de instar la procedencia del principio de oportunidad, cuya naturaleza es también consensual.

En definitiva, la audiencia de TAP, es en esencia distinta a la EI, que toma lugar en el Proceso Común, –como lo sostiene el Tribunal Supremo–; empero lo mismo debe decirse de la Audiencia de Prisión Preventiva, donde se están produciendo acuerdos de TAP; así también, debe indicarse que la EI, como se ha convenido, puede fungir también como plataforma para procedencia del principio de oportunidad, como lo permite la normativa; de ahí, que sea necesario hacer hincapié en las diferencias que puedan encontrarse con la TAP.

3. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Conceptualizamos a los criterios de oportunidad, como aquella facultad discrecional “reglada”, que recae sobre el ámbito de competencia funcional del persecutor público, que supone la abstención del ejercicio de la acción penal –con anuencia del imputado–, cuando por razón del contenido material del injusto o de la culpabilidad del autor, resulta aconsejable sustraer el hecho punible del resorte punitivo del Estado, tomando en consideración los fines preventivos de la pena, así como la economía procesal –en términos utilitarios–. Se trata aquí de conductas, que en estricto rigor, pueden ser subsumidas en un tipo penal específico, pero que por la insignificancia de los bienes jurídicos afectados o su escasa relevancia social, se autoriza al Ministerio Público a no seguir adelante con ellas¹⁹.

Visto así las cosas, los criterios de oportunidad se engarzan en consideraciones de política criminal, como una vía procesal de despenalización, a su vez, como mecanismo encaminado a una solución imprevista del conflicto, que toma lugar a través de una decisión fiscal en la etapa de diligencias preliminares o con el dictado de una resolución jurisdiccional (sobreseimiento), en el decurso del procedimiento penal.

Resulta interesante, citar el Acuerdo Plenario, cuando se fija distinciones entre el principio de oportunidad y la TAP, señalándose lo siguiente:

“El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca, en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta

19 DUCE J., M. y otro. *Proceso Penal*, p. 196.

de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, solo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o 'criterios' contemplados en el artículo 2 NCPP. Los mecanismos alternativos que buscan respuestas basadas en la idea del consenso (terminación anticipada, conformidad procesal y colaboración eficaz), por su propia especificidad y singularidad, unido a los controles jurisdiccionales que corresponde realizar, están sometidos a un procedimiento determinado, que no tiene las características, alcances y metodología de la audiencia preliminar de control de la acusación.

Por otro lado, es de acotar que cuando el citado artículo 350.1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, solo remite al artículo 2 NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo "criterios de oportunidad", los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2 NCPP".

Cabe recordar, que los principios de oportunidad, pueden ser aplicados extra-proceso, cuando el Fiscal lo promueve conjuntamente con el imputado, en las DP o, también en el ámbito estricto del Proceso Penal; en este último caso, puede tomar lugar también una audiencia de control judicial, cuando en el inc. 5) del artículo 2 del nuevo CPP, se dice lo siguiente:

"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", así también, el literal 7) del artículo 2 (in fine), que dispone lo siguiente: "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 la reglas fijadas en el numeral 5)– hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos".

Entonces, la aplicación de los criterios de oportunidad –en algunos supuestos–, también están sometidos a un procedimiento singular,



de forma similar que la TAP y; desde un plano estrictamente operativo (práctico), ambas instituciones se encaminan a la simplificación procesal a la culminación temprana del procedimiento penal, refundiéndose ambas instituciones sobre una estrategia de política criminal, bajo el corsé de un «Derecho Penal Premial», con sus respectivos matices y particularidades.

A decir Sánchez Velarde, en el procedimiento penal existen diversos criterios de oportunidad, que no solo tienen relación con la escasa gravedad de la infracción, sino que también obedecen a determinadas políticas de tratamiento criminal (...) La fórmula utilizada bajo denominación de derecho penal premial o de conductas premiadas de interés procesal, como sucede en delito de terrorismo para los casos de arrepentimiento, o mediante leyes que establecen un procedimiento de terminación anticipada (...) y los supuestos de colaboración eficaz²⁰.

El tema no pasa por postular que la TAP es un *criterio de oportunidad*, de ninguna manera, con ello se imbrica una valoración que penetra en el contenido material del injusto, definiendo vías de despenalización, a través de la abstención punitiva, cosa que no se da en la TAP, pues en este procedimiento, sí toma lugar una sentencia de condena, desencadenando las consecuencias penales respectivas; el asunto está por incardinarlos en factores de política criminal, en su faz procesal y no sustantivo²¹.

4. INCIDENCIA APLICATIVA DE LA TAP Y ANÁLISIS DEL ACUERDO PLENARIO N° 5-2008/CJ-116

Reportes estadísticos invocados por los publicistas, dan cuenta que la herramienta de la TAP, no es aplicada de forma masiva –como algunos piensan–, señalándose que de algunos informes preparados por el Equipo de Negociación Penal y Desjudicialización en los distritos de La Libertad y Moquegua, la incidencia de terminaciones anticipadas no se equipara siquiera a la cantidad de autos de enjuiciamiento que se emiten²².

En las capacitaciones –que hemos tenido la oportunidad de asistir–, en Colombia y en USA, los expertos nos indicaron que solo el 10% de las causas

20 SÁNCHEZ VELARDE, P. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 374.

21 Vide, al respecto, CHINCHAY CASTILLO, A. “La visión estratégica y la visión legalista de la terminación anticipada en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 7, enero del 2010, p. 25.

22 IBARRA ESPÍRITU, C.E.; “Terminación Anticipada en...”. Ob. cit., p. 51.



deben llegar a la etapa de Juzgamiento, conforme a las aristas de un modelo acusatorio de inclinación adversarial.

En los Fundamentos 20 y 21 del Acuerdo Plenario, se sostiene lo siguiente:

“La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concurrido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo 1.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal”.

A nuestro parecer, cuestiones de orden procesal, pueden ser fácilmente resueltas, a fin de no afectar el principio de celeridad procesal, en el sentido de que una vez instado por una de las partes (Fiscal o defensa), la aplicación de la TAP, el Juez de la IP, ha de velar por la presencia obligada del imputado (quien de seguro estará siempre en la Audiencia de Control de la Acusación), dando lugar a que los sujetos procesales procedan a negociar un acuerdo, con ello, se corre traslado al resto de sujetos procesales, para que puedan formular las oposiciones que estimen convenientes, esto

quiere decir, que la conversión a una Audiencia de TAP, no opera de forma inmediata sino, que se fijaría una fecha muy próxima, para dar oportunidad a que los sujetos procesales afinen sus respectivas estrategias de defensa. No olvidemos, que la TAP, corre en cuerda separada, sin suspender el principal; así también sucedería en el supuesto de que se inste la TAP en la Audiencia de Prisión Preventiva

Que mayor celeridad se puede obtener, que culminar el procedimiento penal en la EI, sin necesidad de pasar al Juzgamiento; de modo que estos fundamentos, carecen de virtualidad jurídica; el hecho de que algunos litigantes quieran aprovecharse de esta extensión operativa de la TAP, no asistiendo a la audiencia de Control de Acusación, no resulta óbice para negar la justificación –tanto práctica como axiológica–, para que proceda la TAP en la EI, pues para ello la norma procesal prevé los apremios de Ley idóneos, para evitar dichas conductas procesales²³.

En la doctrina nacional, se apunta que para celebrar la terminación anticipada, los sujetos procesales se aparten de la etapa de investigación, son dejar de ser conscientes de su existencia, que continúa en unos ámbitos, como en el plazo; pero abre un paréntesis en otros, como en el acopio probatorio. Después de todo, la propia naturaleza de la etapa de investigación no está diseñada tampoco para admitir sentencias, pero la especialidad del requerimiento de política criminal permite una excepción, con esperanzas de su mutación en regla general²⁴. Similar afirmación cabe en el caso de la EI, pues no es el escenario natural para que se produzcan decisiones, destinadas a declarar el cese de la persecución penal, mediante una condena; pero sí en

23 Castro Trigoso, no niega que es sumamente importante para el éxito y consolidación del modelo acusatorio plasmado en el NCPP mantener en el sistema una carga procesal razonable; sin embargo, creo que no debemos perder de vista también que el rendimiento de una institución jurídica –en caso de la terminación anticipada– no solo debe medirse con el baremo de la necesidad tan sentida de lograr la celeridad y la descarga procesales. Es necesario también respetar la naturaleza de los institutos jurídicos y su finalidad político criminal; “La Terminación Anticipada...”. Ob. cit., p. 18; a tal efecto, subrayamos –que precisamente la finalidad político criminal de la TAP–, es la descongestión de la carga procesal, mediando filtros de consenso y de negociación entre las partes, dando lugar a una respuesta judicial, que pueda recoger en menor medida los legítimos intereses de todos los sujetos procesales involucrados, ¿Por qué entonces, negar la admisión de la TAP, para luego tener que reconocer, que la misma normativa procesal, permite al imputado acogerse a la “Conformidad” al inicio del Juzgamiento? Es un contrasentido, que no puede ser justificado con criterios de política criminal, en puridad convincentes.

24 IBARRA ESPÍRITU, C.E. “Terminación Anticipada en...”. Ob. cit., p. 66.



sentido contrario, para avalar la posición del Ministerio Público, en cuanto al sobreseimiento de la causa.

A decir de Chinchay Castillo, lo que sucede es que hacer la mezcla “pretoriana” a que alude el Acuerdo, soluciona conflictos y rápido. El Acuerdo ignora por completo; no interesa que se solucionen los problemas; lo que importa es que se respete la ley²⁵. Líneas más adelante, acota el autor que lo que interesa a las personas no es qué etapa estamos y si tal o cual solución es “apropiada” o “impropia” para tal etapa. La sola formulación de la cuestión en el Acuerdo Plenario implica una veneración fundamentalista a las formalidades jurídicas y un desinterés absoluto por la solución de conflictos sociales²⁶.

Justamente, la dación del nuevo corpus adjetivo, obedeció a la necesidad de agilizar los trámites procesales, de hacer del Proceso Penal un mecanismo viable de tutela judicial efectiva y, ello no se logra cuando se dilata en forma excesiva las etapas del procedimiento; siguiendo esta lógica, no se entiende por qué no se favorece la posibilidad de acortar los tiempos, permitiendo la aplicación de la TAP en la EI. El exacerbado legalismo y el apego a la literalidad normativa, bajo fundamentos poco sólidos, resultan a todas luces incompatibles con los ejes de la reforma procesal penal en el Perú.

Lo dicho, debe cotejarse, con la vigencia de la «Conformidad», que se asemeja en su naturaleza jurídica con la TAP, en cuanto al consenso que prima en la negociación y como mecanismo de simplificación procesal. Por ende, no se comprende, porque en la EI, no se admite llegar a un acuerdo consensuado y, sí se permite en el inicio del Juzgamiento, es en realidad una contradicción, con un contenido más legalista, que en puridad axiológico²⁷.

A modo de conclusión

A nuestro entender, factores de legitimidad sustancial –abonan en la aplicación de la TAP en la EI–, en el sentido de que el Proceso Penal ya no puede ser percibido como una mera puesta en escena del *iuspuniendi* estatal, sino como el instrumento que ha reglado el legislador para la pacificación de

25 CHINCHAY CASTILLO, A. “La visión estratégica y la visión legalista...”. Ob. cit., p. 24.

26 CHINCHAY CASTILLO, A. “La visión estratégica y la visión legalista...”. Ob. cit., p. 24.

27 En palabras de Chinchay Castillo, si decimos (como dice el Acuerdo) que si ya presentada la acusación no tiene sentido hacer Derecho Penal premial, y ya no hay celeridad, puesto que ya se pasó a una etapa avanzada de un proceso basado en la contradicción, entonces tampoco debería haber criterios de oportunidad; “La visión estratégica y la visión legalista...”. Ob. cit., p. 25.



la conflictividad social producida por el delito, como la vía adecuada para que los sujetos procesales comprometidos, puedan ver colmadas sus legítimas pretensiones. Dicha esencia social y jurídica, no puede obtenerse cuando el procedimiento se alarga más allá de lo necesario, cuando se exige rigurosamente agotar cada una de las etapas de la estructura procesal; no negamos, que ello supone las garantías fundamentales del Estado Constitucional de Derecho, sin embargo, la descripción real de la situación, nos revela que dicho arquetipo estructural, no nos ha brindado los frutos que se esperaban, propiciando la aparición de alternativas distintas al Proceso Común, entre estas la TAP, favorece precisamente la vigencia de los principios de todo justiciable de ser sometido a un proceso en un plazo razonable y de un juicio sin dilaciones indebidas, mediando las fórmulas del consenso y de la negociación donde si bien se prescinde de un juicio oral, público y contradictorio, dichos sacrificios se ven justificados, reconociendo primero, que se trata de derechos disponibles y, segundo, en tanto y en cuanto se realice un control escrupuloso de la legalidad del acuerdo, con la evidente mitigación de la intensidad punitiva, que ello conlleva.

Se argumenta que la subsidiariedad del sistema penal impone la introducción de alternativas en todas sus etapas, incluido el proceso, con el objeto de ofrecer respuestas que eliminen o morigeren su intervención en todos los casos en que ello sea posible y aparezca conveniente a los fines de pacificación social²⁸.

Entonces, si estimamos que el Proceso Penal, ha de fungir como una panacea de los derechos fundamentales y, que su efectiva plasmación, desborda la actuación del *iuspuniendi* estatal, para acoger otros intereses jurídicos –también dignos de tutela–, resulta lógico que deba promoverse los acuerdos en la EI y, así evitar de forma innecesaria, ingresar a todo el formalismo y ritualidad del Juzgamiento, donde el imputado (*ahora acusado*), podrá acogerse a la «Conformidad» al inicio de los primeros actos del Juicio Oral, allanándose a los términos de la Acusación Fiscal, dando lugar un margen de consenso y de negociación entre las partes.

En la doctrina colombiana, siguiendo la finalidad establecida en el artículo 348 del CPP, se refiere a activar a la solución de los conflictos sociales que genera el delito. (...). De esta forma, el proceso no se propone como primera opción la averiguación de la verdad sino la solución de un conflicto entre dos

28 DUCE J., M./ RIEGO R., C. *Proceso Penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 298.



partes. La mejor solución no se halla en la decisión objetiva e imparcial de un juez, sino en una salida alternativa que resulte conveniente y convincente para todos los involucrados²⁹. Bajo este marco conceptual, cabrán siempre los reparos, que desde un tópic de legitimidad sustantiva, están los fines preventivo-generales de la pena como los sentimientos de justicia de la comunidad, los cuales podrán ser salvados, si es que la fijación de la magnitud de la penal no desborda los márgenes racionales, que guían la determinación de la sanción punitiva, donde la procura de priorizar los fines preventivo-especiales encuentran su límite en el escaso espacio que la legalidad debe reconocerle a la premialidad que sostiene esta institución.

Siguiendo con dicha línea argumental, es que se debe postular la interpretación sistemática –que debe imperar en la normativa procesal–, que llevado a los criterios de oportunidad, favorecen la postura de poder aplicar la TAP en la EI, el entendido que la promisión de ambas instituciones se refunden en criterios de política criminal convergentes (celeridad procesal y tutela judicial efectiva); es así, que debemos invocar el artículo X del Título Preliminar del nuevo CPP, cuando a la letra dispone lo siguiente: *“Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”*, la cual debe ser concordada con el principio de interpretación favorable (artículo VII.3 *in fine*), al indicar 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”*.

Conforme lo anotado, convenimos en apreciar que la aplicación de las instituciones jurídicas en nuestro país, requiere comprender primero su real naturaleza así como la teleología que guía su operatividad; donde la TAP, no es solo un mecanismo de simplificación procesal, en cuanto a la culminación temprana del procedimiento³⁰, sino también la posibilidad de satisfacer prontamente los intereses jurídicos que allí confluyen, con la consiguiente efectividad de esta institución como herramienta orientada a la pacificación social del conflicto, siempre que la legalidad del contenido del convenio, sea firmemente fiscalizada por el juzgador. Por consiguiente, no vemos problema

29 GUERRERO, O.J.; *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo Proceso Penal*. 2ª Edición ampliada, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, p. 532.

30 A decir de Guerrero, la conformidad con la imputación aborta el juicio oral, culmina anticipadamente la investigación y define una sentencia condenatoria para el imputado; *Fundamentos Teórico Constitucionales del nuevo Proceso Penal*, p. 280.



alguno, en admitir la operatividad de la TAP en el control de la Acusación, que toma lugar en la EI, donde el Fiscal –si bien ya seguro de su Teoría del Caso–, puede llegar al consenso con el imputado y su defensa y así arribar a un acuerdo sobre todos los términos que ello conlleva, permitiendo una salida más pacífica del conflicto, sin tener que recorrer todo el tránsito del Juzgamiento.

Se afirma en tal sentido, que una manera de humanizar las formas como la que se estaría prohibiendo la terminación anticipada en la fase intermedia es mediante la excepción: Así como se permite aplicar la oportunidad en dicho momento, debe permitirse también aquella salida alternativa³¹.

La tarea de la política criminal de hoy –según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho–, importa definir ámbitos de actuación procesal, que sin descuidar el interés público, tienda a dar mayor protagonismo a los actores de la pareja criminal, donde la humanización del *ius puniendi* estatal, importa relativizar ciertos paradigmas –si bien principios elementales del debido proceso– no, por ello, susceptibles de ser valorados, conforme a las nuevas exigencias de la sociedad, que demanda una respuesta imponente frente al crimen, lo cual vislumbra un panorama fecundo para las negociaciones y los acuerdos, siempre que la legalidad así lo determine, no como la regla de que ha de regir en todos los casos, sino como un criterio de valoración que debe ceñirse a los casos concretos.

31 IBARRA ESPÍRITU, C. E. “Terminación Anticipada en la Etapa Intermedia”. Ob. cit., p. 71.



COMENTARIO 4:

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*

*Al papito Wilbert, a la mamita Mina y al Tayta (Papito) Ibarra
(con respeto, amor y gratitud)*

*Quizá me dirá alguno: ¿No tienes remordimiento, Sócrates, en haberte consagrado a un estudio que te pone en este momento en peligro de muerte? A este hombre le daré una respuesta muy decisiva, y le diré que se engaña mucho al creer que un hombre de valor tome en cuenta los peligros de la vida o de la muerte. Lo único que debe mirar en todos sus proceder es ver si lo que hace es justo o injusto, si es acción de un hombre de bien o de un malvado
Sócrates (Platón: Apología de Sócrates)*

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

Aparentemente, la reforma de la justicia penal culminará el año 2013 con la completa puesta en vigencia del Código procesal penal de 2004 en todo el Perú. Esta puede ser la mejor noticia para quienes aún esperan la humanización y eficacia del proceso penal. No es anhelo solo de litigantes, sino, principalmente, de aquel joven que cometió un error, el único de su vida, y de aquel otro anciano que no habiendo cometido delito alguno ya se olvidó por qué alguna vez en sus años mozos lo encerraron en el penal; ambos, muestras de casos no aislados, vienen soportando años de incertidumbre sin llegar a obtener la sentencia que defina su situación. Son personas como ellos, los que no pueden costearse una defensa propia y agradecen la “amabilidad del señor abogado de oficio”, quienes sufren las aberraciones del Sistema, que “en aras de una pronta justicia”, no dudan en condenar diariamente a ciudadanos sin las garantías de permitirles hablar y ser escuchados por un juez imparcial.

* Asistente de Cátedra del curso de Derecho Procesal Penal II en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Coordinador General del Círculo de Estudios Penales *Cesare Beccaria* (UNMSM). Coordinador del área de Derecho procesal penal, revista *Jus Doctrina & Práctica*, Grijley. Equipo de Negociación Penal y Desjudicialización, Socio Fundador, Director de Relaciones Públicas.



Esta realidad tiene que cambiarse. A ello apunta la reforma. Empero, iniciar un proceso de cambio únicamente por iniciarlo, solamente es garantía del fracaso. Ahora que tenemos la experiencia de Huaura, La Libertad, Tacna, Moquegua y Arequipa y que empezamos a experimentar los remedios propuestos para los problemas hallados por los operadores de aquellas zonas en Piura, Tumbes, Ica y demás distritos judiciales donde ya se aplica el Código procesal penal de 2004, es momento de reflexionar y debatir seriamente cada institución procesal a fin de perfeccionarlas. El desdén y la pasividad de los operadores jurídicos con la reforma hasta que rija en todo el Perú, podrían hacer colapsar el nuevo modelo. Aun cuando no ocurra ello, esas actitudes dificultarían tremendamente su aplicación.

El Código ha traído sus problemas, como era de esperarse. Éstos van desde la aparente prohibición de realizar preguntas sugestivas en los contraexámenes (artículo 378. 4), pasando por la errónea facultad otorgada al juez de absolver al imputado en un proceso de terminación anticipada pese a existir un acuerdo sobre la pena y reparación civil (artículo 468. 6, concordado con el artículo 399), hasta las posibilidades de dictar prisión preventiva con imputados ausentes (Casación N° 01-2007).

Uno de esos problemas es el de la terminación anticipada en fase intermedia, promovido como opción por algunos (Distrito judicial de Huaura), aceptado posteriormente por otros (Distrito judicial de La Libertad) e imposible para un sector final (magistrados del Distrito judicial de Piura). Esto ha llevado a la misma Corte Suprema de Justicia de la República a pronunciarse mediante un Acuerdo Plenario muy reciente. Sobre este aparentemente pequeño, pero controvertido y trascendental tema versará el siguiente capítulo.

Cuando corresponda analizar el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 deberá tenerse presente que aparentemente presenta un primer error en el título que los jueces supremos le han colocado. Este Acuerdo, del 13 de noviembre del 2009, cuyo asunto es: "Proceso de terminación anticipada: Aspectos esenciales", es homónimo al del 18 de julio del año pasado que tuvo como asunto: "Nuevos alcances de la conclusión anticipada". De los demás acuerdos plenarios supremos del año pasado, se colige que el referido a la terminación anticipada se debió llamar: Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116; pero, como quiera que no se ha emitido fe de erratas o aclaración alguna, en este capítulo, seguirá tratándose por el nombre con el que fue publicado en la página del Poder Judicial. Cualquier referencia al Acuerdo sobre conclusión anticipada del juicio oral será indicada expresamente.

I. **MARCO NORMATIVO**

Código Procesal Penal

– **ARTÍCULO 468. Normas de aplicación**

Los procesos podrán terminar anticipadamente, observando las siguientes reglas:

1. A iniciativa del Fiscal o del imputado, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá, una vez expedida la Disposición Fiscal del artículo 336 y **hasta antes de formularse acusación fiscal, pero por una sola vez**, la celebración de una audiencia de terminación anticipada, de carácter privada. Su celebración no impide la continuación del proceso. Se formará, al respecto, cuaderno aparte.

(...).

– **ARTÍCULO 350. Notificación de la acusación y objeción de los demás sujetos procesales**

1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstos podrán:

(...)

- e) Instar la aplicación, si fuere el caso, de un criterio de oportunidad;

(...).

II. **PREÁMBULO JURISPRUDENCIAL**

a) **Índice del Registro de la Audiencia Preliminar de Control de Acusación del Exp. N° 812-42-2006, 1^{er} Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huaura**

[...]

A las 09:20 hrs. En este acto, la señora Fiscal retira el requerimiento de acusación, presentando en este acto el acuerdo de **terminación anticipada**; a lo que la abogada defensora refiere estar de acuerdo con la representante del Ministerio Público, así como el imputado, solicitando que se lleve a cabo la audiencia de terminación anticipada del proceso; por lo que la señora Jueza procede de acuerdo al interés de esta judicatura, el cual es que se resuelvan los conflictos jurídicos, haciendo la salvaguarda que se debe notificar a la parte agraviada, a fin de que haga valer su derecho.

b) **Sentencia del Exp. N° 404-2006 1^{er} Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca del 15 de diciembre del 2006**

[...]

Considerando Primero: Posibilidad de aplicación de la terminación anticipada: En el presente proceso, se derivó un cuaderno especial de terminación anticipada, la misma que se dio por concluida por incomparecencia del imputado. Si bien es cierto, el artículo 468 numeral 01 del Código procesal penal prevé que se pueda celebrar una audiencia de terminación anticipada por una sola vez, también es verdad que el artículo 350 numeral 01 literal e del Código procesal penal, faculta a las partes a la aplicación de un criterio de oportunidad; y, como se ha indicado en otros procesos en este Juzgado, la doctrina considera dentro de este criterio de oportunidad todos aquellos que permitan la negociación entre las partes, entre estas se hallan el principio de oportunidad y la terminación anticipada, los mismos que evitan que el proceso continúe hasta el Juicio oral. Siendo ello así, en aplicación del principio "*favor regis*" (interpretación a favor del imputado, regulado en el artículo VII numeral 04 del Título Preliminar del Código procesal penal), existiendo dos normas aparentemente contradictorias, debe preferirse la contenida en el artículo 350 del precitado Código, concluyéndose que sí es posible la aplicación de la Terminación anticipada aun cuando el proceso se encuentre en etapa intermedia y con acusación fiscal, e incluso cuando ya se haya aplicado anteriormente procedimiento similar, pues justamente uno de los fines del nuevo modelo procesal penal es priorizar la denominada "Justicia negociada".

c) **Sentencia del Exp. N° 2008-1319-41 emitida por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo el 20 de noviembre del 2008**

[...]

5.1. El artículo 350.1.e del CPP autoriza a las partes instar si fuera el caso la aplicación de un criterio de oportunidad pese a haberse formulado acusación, la misma que necesariamente deberá ser discutida al inicio de la audiencia preliminar, en caso de ser **aprobado** por el juez el criterio de oportunidad, la consecuencia será la conclusión del proceso y la evitación del juicio, pero si es **desaprobado**, el proceso continuará con el debate del requerimiento de acusación de cara a su transición al juicio.

[...]



5.4. La calificación del proceso especial de terminación anticipada como un criterio de oportunidad, puede deducirse del novísimo Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho, la misma que en su considerando 22 expone textualmente lo siguiente:

“Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal deriva del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva, con la consiguiente conclusión de la causa con una sentencia anticipada que pone fin al proceso, sobre la base de una disposición del imputado a la aceptación de los cargos objeto de imputación...” (subrayado nuestro).

III. NOCIONES IMPORTANTES

1. Terminación anticipada

La terminación anticipada, regulada en los artículos 468 y siguientes del Código procesal penal, forma parte de los procesos especiales que este Código incorpora en su libro quinto. Tiene una naturaleza de **negociación penal**¹, y consiste en el acuerdo entre el fiscal e imputado sobre la pena a imponerse y las demás consecuencias accesorias del delito, entre ellas la reparación civil. Este acuerdo provisional es presentado al juez de la investigación preparatoria, quien deberá observar su licitud y proporcionalidad, de acuerdo a ello, lo aprobará o rechazará.

Este mecanismo consensuado no vulnera los derechos del imputado. Contrario a lo que sucede con el proceso sumario, la facultad del juez a emitir sentencia no nace como imposición legal, sino por la voluntad de

1 En ella se practican “fórmulas negociadas”; REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Plea bargaining y terminación anticipada. Aproximación a su problemática fundamental”, en: *Actualidad jurídica* N° 158, enero, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 127. Comentando el antecedente normativo a la figura, César San Martín afirma que la otrora conclusión anticipada de la instrucción no tenía naturaleza comercial ni de manifestación del principio dispositivo por las partes, ya que, como se desprende de la Ley 28122, en la conclusión anticipada de la instrucción no prima el consenso, es una imposición; vid.: SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio. “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”, en: *Diálogo con la jurisprudencia* N° 92, mayo, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 218.

las partes, el imputado ha elegido concluir así su proceso, incluso él tiene la última palabra, si no acepta los cargos y las consecuencias jurídicas del delito, la terminación anticipada se frustra y todo lo actuado en este proceso especial se tiene por inexistente, no pudiéndose luego intentar nuevamente su celebración. El derecho constitucional al juez imparcial queda incólume desde que el juez de la investigación preparatoria que sentencia no tuvo mayor participación en las indagaciones, limitándose a aprobar o rechazar el acuerdo, cuando es citado para ello. Por otro lado, los derechos constitucionales del procesado a tener un juicio justo y a la prueba son afectados, sí, pero no en su contenido esencial. En una interpretación institucional², el derecho a la prueba se considerará afectado si se provoca una vulneración en el subgrupo de derechos aglutinados por un derecho mayor que los contiene, ya sea el derecho al debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva³, según nos orientemos por los criterios del Derecho anglosajón⁴ o del modelo eurocontinental. No obstante, esta afectación institucional al derecho no es verificada: la terminación anticipada exige el respeto a las reglas del justo proceso y se obtiene una respuesta judicial motivada. Lo mismo ocurre con el derecho al juicio, garantía que, formando parte del debido proceso, la afectación no alcanza su contenido esencial por armonizarse con los derechos del imputado a contradecir los cargos que se hagan en su contra,

-
- 2 Aplicando a su vez la interpretación tópica, pero recuperando el carácter vinculante de la Constitución. Cfr.: LANDA ARROYO, César. "Interpretación Constitucional y Derecho penal", en: AAVV: *Interpretación y aplicación de la ley penal: Anuario de Derecho penal 2005*. Hurtado Pozo (Dir.), PUCP y Universidad de Friburgo, pp. 80 y ss.
- 3 El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma variante al respecto. En la sentencia recaída en el exp. 6712-05-HC/TC dijo: *Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso*. En cambio, en otros pronunciamientos, como el recaído en el exp. STC N° 010-2002-AI/TC, se inclinó por su incorporación en la tutela judicial efectiva: *En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Solo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio*.
- 4 Siguiendo esta corriente: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. 1ª ed., ARA Editores, 2001, pp. 82 y ss.



esto ocurre en la negociación para llegar al acuerdo provisional, que solo tendrá validez con la final aceptación del encartado. Siendo por otra parte, materialización del derecho a la libertad del imputado, facultado por el principio dispositivo.

Sucintamente, esa es la terminación anticipada y esa su defensa constitucional. Sin embargo, es de resaltar que este proceso exige el respeto de ciertas formas (no formalismos), como las preguntas finales al imputado sobre la comprensión y aceptación de cargos y de pena.

2. Etapa intermedia

El nuevo proceso penal se divide en tres etapas bien marcadas: La investigación preparatoria, la etapa intermedia y el juicio oral⁵. El tema problemático que se aborda se encuentra contextualizado en la etapa intermedia.

Esta es una etapa de saneamiento, de control de legalidad de los actos. Aquí se controlan los requerimientos de sobreseimiento y la acusación fiscal, así como la licitud probatoria (que la prueba no haya sido obtenida con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales) o la validez de las convenciones probatorias.

Comienza cuando, una vez concluida la investigación preparatoria, el fiscal requiere el sobreseimiento (considerado *intra proceso*) o formula su acusación, dependiendo de la convicción que tenga sobre la comisión del delito y de haber identificado a su autor. Concluye con el auto de sobreseimiento o el de enjuiciamiento, según sea el caso.

A nuestros propósitos, es importante tomar en cuenta el momento de inicio de esta etapa con la acusación fiscal, como presupuesto para la aplicación en ella de la terminación anticipada.

3. Criterios de oportunidad

Son los criterios por los cuales el Estado renuncia a la persecución penal. Se le suele contraponer al principio de legalidad, pero su fundamento debe ser buscado, como lo hace Binder, en el principio de intervención mínima⁶,

5 Pablo SÁNCHEZ VELARDE distingue cinco, sumando a las que se mencionan, una etapa posterior de ejecución y, separadamente a la investigación preparatoria, la investigación preliminar. Vid. del autor citado: *Introducción al nuevo proceso penal*. Idemsa, Lima, 2005, p. 20.

6 BINDER, Alberto M. "Legalidad y oportunidad", en: AAVV, *Estudios sobre justicia penal: Homenaje al profesor Julio B. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pp. 211 y ss.



que no solo es material y pensado para el legislador, sino que también procesal, en este caso, guiando la acción penal, de la que el fiscal es el titular.

Estos criterios están establecidos en el artículo 2 del Código procesal penal y son:

1. Abstención de la persecución penal cuando el agente ha sufrido gravemente las consecuencias de su delito.
2. Renuncia a la persecución penal por delitos de bagatela.
3. Abstención de la persecución penal por considerar que no hay un interés público en hacerlo, debido a las condiciones del agente, algún error suyo, no haber consumado su delito o haber participado en calidad de cómplice, no de autor.

En todos estos criterios, el legislador ha impuesto un máximo de pena conminada por delito. Esto es debido a la naturaleza misma de la institución.

IV. PROBLEMÁTICA SOBRE LA POSIBLE APLICACIÓN DE LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA FASE INTERMEDIA. PRONUNCIAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA

La presentación de las normas del marco normativo expuesto no responde a la arbitrariedad ni a un desorden antojadizo. Eso nos va a ayudar un poco a enfocar el problema que se propone estudiar.

Primero, en el espacio temporal, tenemos que se está implementando en el Perú un nuevo Código procesal penal, con una orientación radicalmente distinta a la del Código de procedimientos penales y las tan dispersas normas que regulan la instrucción y el juicio en Lima y gran parte del país.

Este nuevo modelo fija muchas esperanzas en los mecanismos alternativos de solución de conflictos –como el principio de oportunidad (artículo 2) y los acuerdos reparatorios (artículo 2. 6), o el acuerdo conciliatorio en las faltas (artículo 484. 2) y querellas (artículo 462. 3)– y en los de simplificación procesal, entendiéndolos por estos últimos a las formas de evitar transcurrir el tortuoso camino del proceso de manera completa. Por eso, se han incorporado instituciones novedosas como el proceso inmediato, la acusación directa o las convenciones probatorias, y repotenciado otras como el principio de oportunidad, la terminación anticipada del proceso o la conclusión anticipada del juicio.

La reforma procesal penal peruana está atravesando sus primeros años, es comprensible que la manera como se vienen aplicando las instituciones



novedosas esté siendo cuestionada por la doctrina nacional en algunos casos. Lo que es absolutamente provechoso, a fin de mejorar los criterios de los actores jurídicos. A guisa de ejemplo de las nuevas prácticas discutibles, los juzgados de investigación preparatoria de Piura habían acordado solicitar la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria así como el requerimiento de medida cautelar como requisito de admisibilidad de las acusaciones directas del Ministerio Público⁷. Fue cuestionable también, en su momento, la postura de la judicatura de Huaura de exigir el requerimiento de la detención preliminar como presupuesto de la prisión preventiva⁸; no quedándose atrás en nivel de controversia la Corte Suprema, que en su primera casación estableció que no era imprescindible la presencia del acusado en la audiencia de prisión preventiva, bastaba una debida notificación, con lo cual se presuponía la negativa de éste a acudir al llamado judicial⁹.

En este contexto de crítica saludable a la jurisprudencia¹⁰ producida bajo las reglas del Código procesal penal del 2004, se ha venido analizando la posibilidad de realizar terminaciones anticipadas en la fase intermedia, aun cuando en apariencia solo podría ser propuesto hasta antes de formularse la acusación, y por una sola vez, según el artículo 468.1.

Los jueces se encontraron con el dilema de aceptar realizar o no terminaciones anticipadas en la fase intermedia. Cualquier postura que adopten podría ser incorrecta. Ante ello, en un primer momento, La Libertad hizo una interpretación restringida meramente literal de la norma y decidió no aplicar este proceso especial en la etapa de control y saneamiento. Esta salida, si bien es formalmente correcta, es también muy desafortunada, puesto que no contribuye a liberar la sobrecarga judicial y permite llevar a juicio procesos que fácilmente pudieron concluir con un acuerdo entre las partes, calmando así el conflicto entre agresores y víctimas, pudiendo llegarse hasta la restauración de la relación afectada por el delito (siendo paradigmático el caso de la omisión de asistencia familiar). Ulteriores pronunciamientos de los jueces

7 Cfr. Resolución N° 6 de la Sala Penal de Apelaciones de Piura, recaída en el expediente N° 05313-2009, del 03 de agosto de 2009.

8 En pronunciamientos del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria y de la Sala Penal de Apelaciones, del 22 de diciembre de 2006 y del 26 de enero de 2007, respectivamente; recaídos en el expediente N° 1456-06.

9 Casación 01-2007, del 26 de julio de 2007.

10 "Jurisprudencia" entendido en sentido lato, no limitándonos a los pronunciamientos en sedes supremas.

de Trujillo admiten esta posibilidad y lo fundamentan de una manera muy interesante¹¹.

Huaura, en cambio, entendió que le es importante al sistema permitir la aplicación de la terminación anticipada en esta fase procesal. Siendo así, han buscado romper la prohibición de incoar estos procesos especiales en tales momentos y han creído encontrar una posible excepción en el artículo 350. 1. e) con “los criterios de oportunidad”; lo que, como se verá más adelante, no termina siendo afortunado tampoco, pues los criterios de oportunidad no implican la terminación anticipada.

Muchas Cortes Superiores de Justicia estaban de acuerdo con esa postura, otras no. Entre estas se cuenta la de Piura, que determinó que uno de los criterios a considerar es que “no es factible tramitar y aplicar una terminación anticipada cuando ya el fiscal ha emitido su dictamen acusatorio”¹².

Al final de todas estas opiniones contrapuestas en la judicatura nacional emerge la Corte Suprema de Justicia de la República y su Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, de fecha 13 de noviembre del 2009, pretendiendo colocar un punto final al debate jurisprudencial –aunque esperemos que solo sea un punto “y aparte”–. En dicho pronunciamiento se proscribió definitivamente la aplicación de terminaciones anticipadas en la etapa intermedia del proceso común, fundamentándose en ausencia de sustento normativo para hacerlo y acusando la medida de ser una incorporación pretoriana que afecta al principio de contradicción procesal (Fundamento Jurídico 21).

1. Prohibición de aplicar la terminación anticipada en fase intermedia

Las reglas de la terminación anticipada, conforme lo establece el citado artículo 468. 1 del CPP, establecen claramente que su audiencia solo podrá celebrarse una vez y hasta antes de formularse la acusación. En otros términos, se podría decir que únicamente procederá durante la investigación preparatoria, siempre que esta audiencia no se haya instalado alguna vez antes.

11 Ver sentencia “c” del Preámbulo jurisprudencial de este capítulo.

12 Corte Superior de Justicia de Piura, Acuerdo Plenario aprobado por unanimidad, del 15 de enero de 2008. Cfr. ROSAS YATACO, Jorge. *Manual de Derecho procesal penal: Con aplicación al nuevo proceso penal. Dec. Leg. 957*, pról. Pablo Sánchez Velarde, 1era ed., Jurista Editores, Lima, 2009, p. 917.



Sobre este punto no se había escrito mucho, aunque existían muy acabados trabajos de investigación como el artículo de Reyes Alvarado¹³ (Juez Superior del Distrito Judicial de Huaura), el informe que Frezia Sissi Villavicencio Ríos (Juez de la Investigación Preparatoria de Huaura) sustentó en el Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP)¹⁴, o los estudios de Liza Ramos Dávila¹⁵ y Yolanda Doig Díaz¹⁶. El más rico debate se desarrolló a propósito del último Acuerdo Plenario supremo, y se desarrolló en el mundo virtual de la internet mediante un cruce de mensajes por correo electrónico a iniciativa y bajo la moderación del maestro sanmarquino Mario Rodríguez Hurtado; siendo preciso coger algunas ideas vertidas en ese ámbito y en otros, principalmente comentarios que tuve la suerte de escuchar directamente de algunos distinguidos maestros involucrados con la reforma.

De esta última fuente, Burgos Mariños, presidente de la Sala de Apelaciones de Trujillo, cuestionó el sistema cuya aplicación inició Huaura. Dijo que el Código preveía formas alternativas al juicio y estas consisten en aplicar el principio de oportunidad o la terminación anticipada, durante la investigación preparatoria, y la conformidad o conclusión anticipada durante el juicio oral¹⁷. No se puede iniciar una terminación anticipada del proceso en fase intermedia, en todo caso, debería esperarse hasta el juicio oral para tentarse una conclusión anticipada.

Al ser preguntado el maestro San Martín Castro, uno de los gestores del Código, sobre la interpretación que se le venía dando en Huaura

13 “El proceso especial de terminación anticipada y su aplicación en el distrito judicial de Huaura a partir de la vigencia del Código procesal penal de 2004”. En: *Actualidad Jurídica* N° 158, diciembre de 2006, Gaceta Jurídica, pp. 128-132.

14 Y el que publicara en la página web de dicho instituto: “La terminación anticipada del proceso en las audiencias de prisión preventiva y de control de la acusación fiscal –Aspectos controversiales–”. En: www.incipp.org.pe.

15 “La fase intermedia”. INCIPP. En: www.incipp.org.pe.

16 “El proceso de terminación anticipada”. En: *Actualidad jurídica* N° 149, abril de 2006, págs. 106-114.

17 Comentario brindado momentos previos a su disertación a propósito del diplomado “El Nuevo Sistema Procesal Penal y los Desafíos de la Litigación Oral”, organizado por la Academia Peruana de Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (de agosto a octubre de 2007). Esta autorizada opinión viene siendo seguida por algunos profesionales de Trujillo, vid., v. gr. VÁSQUEZ GANOZA, Carlos Zoé. “¿Es impugnabile el rechazo del acuerdo de terminación anticipada del proceso?”, en: *Diálogo con la jurisprudencia* N° 123, diciembre, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 248.



a “los criterios de oportunidad”, con la vehemencia que le caracteriza, dijo que esto está pensado en el artículo 2 y que no podía interpretarse como continente de la terminación anticipada.

2. Beneficios de su aplicación

Previamente, al analizar su viabilidad, veremos si efectivamente hay una necesidad de practicar terminaciones anticipadas en fase intermedia y cuál sería su eventual utilidad. Para ello se muestran unos cuadros estadísticos que preparamos la abogada Vanessa Milagros Alfaro Mendoza y este autor por encargo y bajo la supervisión de la magistrada Frezia Sissi Villavicencio Ríos, en el marco de una “Investigación sobre la aplicación del principio de oportunidad y la terminación anticipada en la etapa intermedia” a la que ella estaba avocada¹⁸.

Cuadro I

AUDIENCIAS EN LAS QUE SE APLICÓ LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA FASE INTERMEDIA (JULIO 2006-JUNIO 2007)			
1ER Y 2DO JUZGADOS DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE HUAURA			
	Total	22	
Terminación Anticipada	¿Quién solicitó que el juez inste la aplicación del “criterio de oportunidad”?	Fiscal	12
		Defensor de oficio	05
		Defensor privado	05
		Tipo de delito	Omisión de asistencia familiar
		Hurto agravado	01
		Robo agravado	02
		Violación sexual	01
		Homicidio simple	01
		Falsedad ideológica	01
		Tráfico ilícito de drogas	01
		Usurpación	01
		Daño calificado	01
	Estafa	02	
	Peculado	01	
	Comercialización de productos nocivos	01	

18 Renuevo mi enorme agradecimiento a Frezia Villavicencio por permitirme participar de esa investigación y a Vanessa Alfaro por su incondicional y sincera amistad.

Terminación Anticipada	Sujetos intervinientes		Imputado	21	
			Abogado defensor	22	
			Fiscal	22	
Agraviado			09		
Abogado del Obispado			01		
Terminación Anticipada	Situación final de la acusación		Se retiró	07	
			Se suspendió su tramitación	02	
			No consta	13	
Terminación Anticipada	Se notificó a los demás sujetos procesales		Sí	10	
			No	09	
			No consta	03	
Terminación Anticipada	Decisión del Juez	Aprobó	Requerimiento del Fiscal	13	
			Solicitud del defensor de oficio	05	
			Solicitud del defensor particular	03	
		Desaprobó	Requerimiento del Fiscal	00	
			Solicitud del defensor de oficio	00	
			Solicitud del defensor particular	00	
		Improcedente por negativa del Fiscal de realizar la TA (frente a la solicitud del defensor privado)			01
		Se fija nueva fecha por ausencia del imputado			01
Terminación Anticipada	Tiempo promedio de duración de audiencias	30,839 mins.			

Gran cantidad de los delitos mencionados en el cuadro anterior muy bien pudieron resolverse de una manera alternativa y no en vía penal. Para referirme a un caso en específico, atendamos la frecuencia de los delitos de omisión de asistencia familiar. Penalizar la obligación de un padre de prestar los alimentos a sus hijos rompe definitivamente los lazos familiares y no le da opción a recomponerse. La terminación anticipada, aun representando la sanción penal de esos actos, siquiera permite que los sujetos enfrentados se pongan de acuerdo por una vez (aunque el agraviado, generalmente representados por la madre, negocie a través del fiscal), evitándose la confrontación agresiva en juicio. Si no se hubiera empezado a aplicar este método en la fase intermedia, tendríamos, además del conflicto expuesto, diez causas más para un juez penal que requiere su valioso tiempo para resolver controversias más dificultosas. Hay que tomar en cuenta que para Huaura, por su tamaño, este ahorro de diez casos es significativo, y lo es más si consideramos la totalidad de casos resueltos anticipadamente, en el año de muestra, son veintidós. Pero, aclararse que, de ellos, dieciocho ocurrieron en el



TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA ETAPA INTERMEDIA

Primer Juzgado de Investigación Preparatoria y solo tres en el Segundo. Además, el Juzgado de Barranca también realiza terminaciones anticipadas en la fase intermedia, pero en menor proporción que el Primer Juzgado de Huaura. Los juzgados de Huaral, Oyón y Cajatambo, hasta la fecha de la toma de muestra, no la habían aplicado en ningún caso.

Cuadro II

AUDIENCIAS CON AUTO DE ENJUICIAMIENTO (julio 2006-junio 2007)				149
DELITO	DELITO POR DELITO	1er	2do	TOTAL
	Omisión de asistencia familiar	13	28	41
	Hurto agravado	09	07	16
	Lesiones	08	12	20
	Violación sexual	08	07	15
	Homicidio	06	02	08
	Robo agravado	05	08	13
	Usurpación	02	03	05
	TID	05	04	09
	Daños	01	02	03
	Tenencia ilegal de armas	02	01	03
	Conducción en estado de ebriedad	01	03	04
	Apropiación ilícita	01	02	03
	Falsificación de documentos	02	00	02
	Peculado	02	00	02
	Malversación de fondos	02	00	02
	Secuestro	00	01	01
	Violación de domicilio	00	01	01
	Libramiento indebido	00	01	01
	Estafa	00	01	01
	Falsa declaración	01	01	02
	Uso no autorizado de patente	01	00	01
	Hurto	01	00	01
	Extorsión	01	00	01
	Tráfico de menores	01	00	01
	Colusión desleal	01	00	01
	Receptación	01	00	01
	Incumplimiento de acto funcional	01	00	01
Fraude procesal	01	00	01	
Promoción y facilitación de TID	01	00	01	

Es alarmante la manera como tantas casos no judiciales, si se hubiera aplicado correctamente una salida alternativa o un mecanismo de simplificación procesal, están llegando a juicio. En el Cuadro II se observa que, de ciento cuarenta y nueve (149) causas, cuarenta y uno (41) son por el delito de omisión de asistencia familiar: ¡Más del 27%! Situación alarmante desde el punto de vista sociológico, a la que el Estado debe buscar una solución integral, desde las bases ideológicas y educativas del peruano promedio, hasta sus causas económicas, contextualizadas en el fenómeno otrora llamado de la mundialización económica, hoy conocido como globalización. No es nuestra intención alejarnos de la problemática que motivó estas líneas: del mismo modo que con la omisión de asistencia familiar, muchos otros casos, apreciables en el cuadro, pudieron haberse resuelto con medidas más eficaces que la automática judicialización de todo conflicto.

El operador del Derecho no debe mantenerse ajeno a esta realidad, debe contribuir con los instrumentos que tenga a la mano. Existiendo la terminación anticipada, esta debe ser considerada desde un primer momento, cuando no proceda el principio de oportunidad. Si se venció la investigación preparatoria y no hubo oportunidad para realizarla, debería intentarse por última vez en la audiencia preliminar. Esto, como reiteradamente se dijo, evitaría congestionar los despachos judiciales –aclarando que los fundamentos de la terminación anticipada no deben ser buscados aquí, sino en razones de política criminal y en la consolidación de un sistema respetuoso de los Derechos Humanos–.

Cuadro III
Resoluciones que ponen fin al proceso o a la etapa procesal
Período: (Julio 2006 - Junio 2007)

	PRODUCCIÓN DE PRINCIPALES	
PONEN FIN AL PROCESO	SOBRESEIMIENTO	625
	EXCEPCIONES	72
	TERMINACIÓN ANTICIPADA	281
PONER FIN A LA ETAPA	AUTOS DE ENJUICIAMIENTO	586
	TOTAL	1,564

Fuente: Base de datos de estadística implementada por informática.

Elaboración: Área de Estadística de la Corte Superior de Justicia de Huaura. Tomado de la presentación que hiciera Frezia Sissi Villavicencio Ríos en el INCIPP el día sábado 9 de febrero del 2008.



El Cuadro III nos muestra un panorama de todo el Distrito Judicial de Huaura. La esperanza de la terminación anticipada como solución a la sobrecarga procesal parece no ser del todo efectiva. Doscientos ochenta y un (281) casos concluyeron en una terminación anticipada, mientras que quinientos ochenta y seis (586) lograron llegar a juicio, cifra que representa más del doble de la anterior, cuando se esperaba que, a esas alturas, fuese todo lo contrario.

Están incluidos, en las estadísticas de este cuadro, los veintidós (22) procesos de Huaura en los que se aplicó este método de simplificación procesal en fase intermedia: conmovedora lucha de la judicatura huaureña que, estamos seguros, con la ayuda de todos los demás operadores, redundará en el éxito de la reforma de la administración de justicia en el Perú.

3. Necesidad de su aplicación

Los cuadros mostrados anteriormente demuestran que no se está logrando el anhelo de que el 80% de las causas no lleguen a juicio oral. De algunos informes preparados por el Equipo de Negociación Penal y Desjudicialización en los distritos de La Libertad y Moquegua, la incidencia de terminaciones anticipadas no se equipara siquiera a la cantidad de autos de enjuiciamiento que se emiten¹⁹. De la misma forma, testimonios de los mismos operadores jurídicos, como Reyes Alvarado, en Huaura²⁰, y la Sala Penal de Apelaciones de Piura²¹ dan fe de que delitos como los de omisión de asistencia familiar siguen siendo de los que con mayor frecuencia llegan a los juzgados penales unipersonales.

Como la omisión de asistencia familiar, otros muchos delitos, entre ellos el de hurto simple, son llevados a juicio para que ni bien se instale la audiencia se llegue a una conformidad negociada, que no pocas veces ha resultado más provechosa para el acusado que si hubiera arribado a una terminación anticipada en la investigación preparatoria, como lo

19 Vid. Equipo de Negociación Penal y Desjudicialización, *Informes de las visitas al Ministerio Público en Trujillo*, de fecha 17 de enero de 2010, y el de la visita a Moquegua, del 01 de febrero del mismo año.

20 Así lo comentó en el mensaje enviado para la cadena de mensajes por correo electrónico promovida por Mario Rodríguez Hurtado a propósito del último Acuerdo Plenario sobre terminación anticipada del proceso: *Grupo de Interaprendizaje. Acuerdo Plenario sobre terminación anticipada. Más comentarios*, del día 17 de enero de este año.

21 Cfr. Sala Penal de Apelaciones de Piura, Res. N° 6 de N° 05313-2009.



demonstró Reyes Alvarado en un evento realizado en Lima²². Los juzgados penales se están llenando de causas que nunca debieron llegar, ese es el problema a resolver.

Lo que ocurra en la realidad *per se* no puede justificar cualquier medida que se tome. La incidencia de terminaciones anticipadas en la fase intermedia no quiere decir que necesariamente eso sea bueno. No obstante, hacer oídos sordos a las voces que fundamenten los beneficios de esta excepcionalidad y pretender sancionar supuestas negligencias de los imputados, negándoles el acceso al beneficio premial de pena (a los demás sujetos procesales en los provechos que dejarían de recibir y al Estado en los menores costos que le significaría), por la única razón que una interpretación meramente literal de una norma que coarta un derecho procesal no la permitiría, tampoco debe ser bueno.

Por colocarnos en el ejemplo de la omisión de asistencia familiar, lo normal es que el imputado no sea de ostentoso patrimonio, sino de baja condición económica y cultural. En este tipo de procesos normalmente no hay mayores cosas que probar, pues lo esencial es la preexistencia de una resolución judicial que ordene el pago de la asistencia económica al beneficiario. La declaración del imputado está entre los primeros actos realizados y suele recogerse por una sola vez en sede fiscal, no volviéndose a citar a ninguna diligencia más sino hasta que se realice la audiencia de control de acusación, donde incluso su presencia es facultativa. Él no recibe más notificaciones que el de esas dos citaciones, y con la última es donde recién toma conciencia de la gravedad de su situación.

Negándose la terminación anticipada como última opción, pierde el imputado su beneficio premial y el agraviado su reparación cierta con antelación. Igualmente pierden el Ministerio Público, pues tiene que elaborar una estrategia nueva para el juicio oral (ya que la conformidad no está asegurada), y el juez penal, que suma una nueva causa que llevar y una necesaria sentencia que elaborar. Sin olvidarnos del monstruoso trámite burocrático que está detrás de cada segundo de vida del proceso penal y lo que económicamente eso le cuesta al Estado.

22 Conferencia *Terminación anticipada del proceso y conclusión anticipada del juicio*, realizada el día 27 de enero del 2010 en el marco del evento *Aspectos trascendentales del Código procesal penal: A menos de un año de su entrada en vigencia en Lima*, organizado por De Iure.



4. La terminación anticipada como criterio de oportunidad

En el punto anterior hemos visto la imperiosa necesidad de permitirse excepcionalmente aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia. Ello es posible, pero no con los fundamentos que se suele invocar para tal efecto.

“Los criterios de oportunidad”, dice una recurrente jurisprudencia de Huaura, es una institución que abarca la terminación anticipada y el principio de oportunidad²³. Incluso se había llegado a decir que este criterio de oportunidad incluye también la conclusión anticipada del juicio oral.

La sentencia del Exp. N° 404-2006 del Primer Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca (15 de diciembre del 2006), copiada arriba, dice: “criterio de oportunidad” es todo escenario donde sea posible una negociación. Sin embargo, esta interpretación es demasiado amplia, y se confunde con lo que doctrinariamente se ha venido a llamar *mecanismos de consenso procesal*. De este modo, las convenciones probatorias, donde las partes negocian sobre las pruebas o los hechos a utilizarse o no en el juicio, serían un criterio de oportunidad; o la colaboración eficaz, porque el individuo que se somete a ella lo hace acordando que brindará información a cambio de ciertos beneficios: negocia.

En el nuevo modelo procesal penal hay muchos momentos en los cuales se puede negociar, desde la aplicación del principio de oportunidad, propiamente dicho, hasta la conclusión anticipada del debate. Identificar a cada uno como criterios de oportunidad degeneraría la institución.

En general, no puede decirse que la doctrina comparta siquiera mínimamente lo así sostenido. No se encuentran antecedentes doctrinales que lo corroboren²⁴, sino, por el contrario, expresan su similitud

23 Vid., v. gr.: 1er Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca, sentencia del exp. N° 090-2007, del 27 de junio de 2007, caso Nonate Ponte: “(...) el artículo 350 numeral 1 literal e) del Código procesal penal, prevé que en la etapa intermedia pueda aplicarse un criterio de oportunidad que el legislador no ha definido, un sector de la doctrina sostiene que un criterio de oportunidad son todos aquellos en que se permite que las partes puedan negociar y evitar el juicio oral, y por lo mismo, se encontrará dentro de esta la terminación anticipada (...)”.

24 Tal vez podríamos, con algún esfuerzo, considerar como concordante con esta postura el siguiente párrafo del maestro Pablo Sánchez Velarde: “En el procedimiento penal existen diversos criterios de oportunidad, que no solo tienen relación con la escasa gravedad de



al concepto de principio de oportunidad del Código procesal penal peruano.

De este modo, los jueces de Huaura ven un caso de interpretación de la norma. Estiman que el Código a la vez que restringe la terminación anticipada a la investigación preparatoria, la permite para la etapa intermedia, mediante los criterios de oportunidad. Ante ello, hay registros²⁵ en los que se ha apelado al artículo VII. 4 del Título preliminar del Código procesal penal, que prevé la aplicación de la norma más favorable al reo. Sin embargo, como se expondrá más adelante, el conflicto no es entre normas, sino entre una norma y los principios que inspiran el proceso acusatorio garantista.

Por su parte, el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116 (vinculante) de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 18 de julio del 2008, dijo en su Fundamento jurídico 22 que: *Los rasgos esenciales comunes entre la terminación anticipada y la conformidad procesal deriva del hecho que están incardinadas en criterios de oportunidad y de aceptación de cargos –el principio del consenso comprende ambos institutos procesales aunque en diferente intensidad y perspectiva.* Siendo de observancia obligatoria, la judicatura de Trujillo recogió esos criterios y reforzó la interpretación que consideraba la terminación anticipada como un criterio de oportunidad²⁶. Este es el ar-

la infracción, sino que también obedecen a determinadas políticas de tratamiento criminal (...) La fórmula utilizada bajo denominación de *derecho penal premial* o de *conductas premiadas de interés procesal*, como sucede en delitos de terrorismo para los casos de *arrepentimiento*, o mediante leyes que establecen un procedimiento de terminación anticipada (...) y los supuestos de colaboración eficaz (...)", *Manual de Derecho procesal penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 374. Otra opinión que no ha podido ser corroborada es la de Gimeno Sendra; según el maestro San Martín, gran discípulo de tan gran jurista español, en conversación no registrada, él sí creía que los mecanismos como la terminación anticipada formaban parte de los criterios de oportunidad.

- 25 Exposiciones muy detalladas en las resoluciones respectivas del 1er Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca, a cargo de William Timaná Girio, para muestra ver la sentencia del Exp. N° 576-2006, 19 de diciembre de 2006, caso Vega Dionisio: "Siendo ello así, sí es posible aplicar la terminación anticipada en esta etapa aún cuando las normas especiales de este instituto procesal regulados en el artículo 468 y siguientes del Código procesal penal, en el que prevé que no debe de haber acusación, pero deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo VII numeral cuatro del Título Preliminar del Código en el que se prevé que se deben aplicar la ley más favorable al procesado".
- 26 Sentencia del Exp. N° 2008-1319-41 emitida por el Tercer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo el 20 de noviembre del 2008 (ver Preámbulo jurisprudencial).



gumento más contundente para identificar la terminación anticipada dentro de los criterios de oportunidad. Aunque Sánchez Velarde haya dicho al respecto que la Corte Suprema, en el texto citado, está resaltando el origen común de ambas instituciones dentro de los supuestos de oportunidad determinada por ley²⁷; el contexto de lo expresado no muestra orígenes comunes, sino características propias de ellas, es más, utilizan el término “incardinar” que figuradamente hace referencia, según la RAE, a cosas o conceptos abstractos que se incorporan a algo.

5. La terminación anticipada no es un criterio de oportunidad

5.1. Fundamento doctrinal

El juez de la investigación preparatoria, Wilian Timaná, expone en sus resoluciones que una parte de la doctrina incorpora a la terminación anticipada en el criterio de oportunidad y otra lo rechaza²⁸, pero no cita las fuentes de la que se vale para decir ello. Además dice que el legislador no define la institución, a lo que cabe refutar que él no está obligado a definir cada institución del Ordenamiento nacional vigente, ésa es labor de la doctrina y de la jurisprudencia²⁹. No obstante, el juez Giammpol Taboada Pilco sí encontró un fundamento en la jurisprudencia (es la sentencia de Trujillo a la que se alude).

En este capítulo no corresponde realizar un exhaustivo estudio sobre la terminación anticipada, el principio de oportunidad o la fase intermedia, sino, tan solo mostrar a la comunidad académica un problema suscitado en aplicación del Código y proponer una fórmula de solución. Como se dijo, no se trata de realizar un minucioso estudio de los criterios de oportunidad como tales, por eso, se cumple con citar autores referenciales sobre el punto. Así, comparten la postura que define los criterios de oportunidad como equivalente del principio de oportunidad: Pedro Angulo Arana³⁰, César San Martín Castro³¹,

27 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. 1ª ed., Idemsa, 2009, p. 388.

28 Sentencia del Exp. 110-2007, del 18 de julio de 2007, 1er Juzgado de la Investigación Preparatoria de Barranca, caso Valcárcel Gonzales.

29 Vid. Sentencia del Exp. 090-2007.

30 *El principio de oportunidad en el Perú*, Palestra Editores, Lima, 2004. De la lectura de toda esta obra se desprende que los criterios de oportunidad son los criterios para aplicar el principio de oportunidad.

31 *Derecho procesal penal*, v. I, 2ª ed., Grijley, 2003, p. 319.

Christian Salas³², Julio Maier³³, Julián López Masle³⁴, Pablo Sánchez Velarde³⁵, entre otros.

En esta línea, los muy reputados juristas Ricardo Mendaña (Argentina), Rafael Blanco (Chile) y Ramón Núñez (República Dominicana), al elaborar sus *Comentarios al proyecto de Código procesal penal de Panamá, elaborado por la Comisión Reformadora*, dicen: “a. Los sistemas inquisitivos suelen caracterizarse por la oficiosidad e indisponibilidad de la acción penal (principio de la llamada legalidad procesal) y los acusatorios por el establecimiento de criterios más flexibles que suelen incluirse bajo la denominación de criterios de oportunidad. Los supuestos receptados en los códigos latinoamericanos se refieren a casos de insignificancia (del hecho, de la participación y de la pena con relación a la esperable por otros hechos), supuestos de pena natural o cuando exista conciliación o acuerdos reparatorios en ciertos delitos”³⁶.

5.2. Fundamento en el Derecho procesal comparado

Es menester realizar un breve repaso por algunas legislaciones procesales de la región para analizar si la interpretación que considera la terminación anticipada como un criterio de oportunidad tiene algún sustento en la legislación comparada.

El Código procesal penal de la República de El Salvador, vigente desde el 20 de abril de 1998, contiene bajo el subtítulo “Oportunidad de la acción penal” las causales por las cuales el fiscal puede solicitar al juez la prescindencia de la acción penal (artículos 19 y ss.) y, más adelante, regulando la audiencia preliminar, se dispone que el fiscal y el querellante pueden proponer, antes de realizarse esta audiencia, “la aplicación de un criterio de oportunidad de la acción penal” (artículo 313.3). También, pero no con la misma claridad, el Código de procedimientos penales de Bolivia, del 25 de marzo de 1999, permite al fiscal poder solicitar al juez instructor abstenerse de la persecución penal en los casos que indica

32 *Oportunidad en el Perú*, artículo publicado en el web site: www.wikilearniq.com, el 22 de julio de 2005.

33 *Derecho procesal penal: Fundamentos*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1951, p. 837.

34 LÓPEZ MASLE, Julián y HORVITZ LENNON, María Inés. *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 51.

35 *El nuevo proceso penal*, p. 388.

36 Panamá, 2006. Fuente: www.alianzaprojusticia.org.pa.



su artículo 21; en este punto no menciona directamente que se refiera a criterios de oportunidad, pero una interpretación sistemática de este artículo con el 54.2 –“Los jueces de instrucción serán competentes para: (...) Emitir las resoluciones jurisdiccionales que correspondan durante la etapa preparatoria y de la aplicación de criterios de oportunidad”– y el 301 (el fiscal puede solicitar al juez de la instrucción la aplicación de un criterio de oportunidad, sin requerirse para ello consentimiento del imputado) nos queda muy en claro qué interpretar por “criterio de oportunidad” en esta legislación.

El Código de procedimientos penales de Colombia de 2004 menciona de otros efectos para el principio de oportunidad. Esta institución puede ocasionar, además de la renuncia de la persecución penal, su suspensión o interrupción (artículo 323). Su normativa incorpora la colaboración eficaz dentro de este principio (artículo 324.5), pero no por ser un medio de negociación, sino porque implica la renuncia de la persecución penal. Por otro lado, mezclan las instituciones, introducen dentro de la oportunidad los mecanismos de cooperación judicial internacional; por ejemplo, está el supuesto de oportunidad por extradición por solicitud de otro Estado (artículo 324.2).

Distinguida mención merecen los Códigos de Honduras (del 19 de diciembre de 1999) y Costa Rica (vigente desde 1998), porque ambos han desarrollado muy ordenadamente esta institución. Éste último incluso dedica toda la sección segunda del capítulo I de su título II del Libro de Disposiciones Generales (artículos 22 y ss.), mientras que el otro, sin agruparlo, lo regula de una manera muy similar en cuanto a su contenido mismo (artículos 28 y ss.).

En cambio, el Código procesal penal de Chile, publicado el 12 de diciembre de 2000, en su edición oficial interna del Ministerio Público aparece sumillado el artículo 170 con la siguiente distinción: “Principio de oportunidad”, como nuestro Código de 1991 y el actual de 2004. Se trata de una escueta regulación, pero que no podría entenderse, tampoco, de otra forma que no sea la no persecución penal.

El momento de interponer el criterio de oportunidad a veces no es bien definido, sin embargo, se entiende que éste será durante la investigación. En este punto hay una nota saltante que hace parecer rotundo y tajante el argumento sostenido hasta ahora contra la interpretación de los jueces aplicadores del nuevo Código. Tanto el Código procesal penal costarricense (artículo 317.d) como el salvadoreño (artículo 313.3) permiten solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad (como

abstención de la persecución penal) antes de la instalación de la audiencia preliminar. Por su parte, el Código boliviano admite esta posibilidad durante esta audiencia (artículo 326. 3). Resaltamos nuevamente las normas de Costa Rica y El salvador, cuya redacción se presenta muy similar al 350. e) peruano, por lo que podemos concluir que constituyen su fuente inmediata.

Como se deja en claro, no hay antecedente alguno en la legislación comparada que nos diga que los criterios de oportunidad son una forma de acabar anticipadamente el proceso penal mediante una negociación entre las partes imponiendo penas, sino que son lo que nuestro sistema ha venido a denominar: principio de oportunidad.

Tampoco estaba pensado así en el Proyecto Huanchaco (2003), en el que con claridad se indica en el artículo 22 que “la decisión que aplique un criterio de oportunidad hará cesar la persecución pública”, sumillando igualmente su artículo 227 como “criterio de oportunidad” y desarrollando su contenido como el “principio de oportunidad” en la investigación.

La Corte Suprema de Justicia de la República, por otra parte, señala lo siguiente:

[Es] de acotar que cuando el citado artículo 350. 1.e) NCPP prescribe que en la etapa intermedia se puede aplicar un criterio de oportunidad, tal referencia, sistemáticamente, solo remite al artículo 2 NCPP. La confusión se debe a que el antecedente directo del principio de oportunidad es el artículo 230 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que denomina a este dispositivo “criterios de oportunidad”, los cuales, como se observa de su tenor, son los supuestos previstos en el mencionado artículo 2 NCPP (Acuerdo Plenario N° 5-2008, del 13 de noviembre del 2009, párrafo 18, in fine).

De esa afirmación no queda claro a quién se le acusa la confusión: ¿al legislador o a los operadores jurídicos? No podrían referirse a los jueces o fiscales, porque del artículo 230 del Código procesal penal modelo³⁷ no se desprende que se puedan realizar acuerdos sobre pena y reparación

37 Artículo 230. Oportunidad. En los casos en que la ley penal permita la aplicación de criterios de oportunidad para evitar la promoción de la persecución penal o para hacerla cesar, el ministerio público, por intermedio del funcionario que la ley orgánica determine, pedirá el archivo al juez de instrucción competente, quien decidirá sin recurso alguno. El tribunal podrá requerir la opinión del ministerio público sobre la cuestión, cuando lo considere conveniente.



civil. Entonces, solo queda la posibilidad de que el sujeto de la confusión sea el legislador, quien introdujo por única vez en la historia de la legislación interna una referencia a “un criterio oportunidad”, cuando hasta antes solo se había referido al “principio de oportunidad”³⁸.

V. SÍ ES POSIBLE APLICAR LA TERMINACIÓN ANTICIPADA EN LA FASE INTERMEDIA

Los beneficios político-criminales de la terminación anticipada no están siendo cuestionados. A nadie le cabe duda, tampoco, que este mecanismo de simplificación procesal sería por demás provechoso, aun en la etapa intermedia. La controversia está en la posibilidad normativa para su aplicación.

Antes de investigar si existe realmente un fundamento normativo para esta posibilidad, es conveniente detenernos y preguntarnos si al hacerlo no estamos yendo contra el fin del proceso penal.

1. Fin del proceso penal y objeto de las fases procesales

Tal vez sea cuestión debatible, pero creemos, como Devis Echandía, que existe una teoría general del proceso, a partir de la cual, las particularidades propias de cada rama jurídica brindan un contenido especial a los distintos tipos de procesos, civil, penal, laboral, comercial, etc.

Entonces, debe haber un fin común a todo proceso, y uno inherente al proceso penal. En palabras del citado procesalista, el fin de todo proceso penal es “tutelar el interés general en la realización del derecho objetivo sustancial, en los casos concretos, para mantener la armonía y la paz sociales y para tutelar la libertad y la dignidad humanas”³⁹.

Y, el fin secundario del proceso penal es la prevención y represión de los delitos y faltas –sirviéndose para ello de las penas y las medidas de seguridad–. Por eso, y en resumidas cuentas, el fin concreto del proceso penal es la “prevención y represión del delito y la tutela o garantía procesal de la libertad individual y la dignidad de las personas y de la vida cuando exista pena de muerte, sin que puedan escindirse esos dos

38 Conclusión arribada en la sesión del 23 de enero del 2010 en el Círculo de Estudios Cesare Beccaria (UNMSM).

39 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos*, t. I, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 156 y 157. De similar forma: COUTURE, Eduardo J. *Introducción al estudio del proceso civil*. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, pp. 55 y ss.; nos dice el maestro que el fin del proceso es privado y público a la vez.

aspectos, porque coexisten necesariamente [...] y, además, la tutela de los derechos subjetivos civiles lesionados con el delito, mediante la reparación [por] los perjuicios a la víctima o a sus herederos; para con ello lograr el fin principal: la realización del derecho sustancial, la armonía y la paz social⁴⁰.

Por la aplicación de la terminación anticipada en la fase intermedia, como en la investigación preparatoria, no se deja de prevenir y sancionar el delito, ya que siempre supone la imposición de una pena. No se deja de tutelar al individuo ni a la sociedad, y se refuerzan las garantías individuales del imputado (en tal medida que le permite un control directo del *ius puniendi* estatal), así como su dignidad (toda aceptación de cargos y pena contraviniéndola es rechazada). No se desampara a la víctima, se la tutela, con la sanción del agente y la reparación civil. Por último, se realiza la norma material, pues se impone la condena.

Hasta aquí se cumple con el fin del proceso penal, pero hay que hacer hincapié en que la terminación anticipada —además de reforzar la confianza de la sociedad en la punición del delito, alejar momentáneamente el elemento peligroso para su estructura y ejercer el efecto negativo en el delincuente, desestimulándolo a cometer nuevos ilícitos— facilita una reconciliación entre el agente y el agraviado, o permite, por lo menos, un acercamiento entre ellos.

El más grave problema de quienes aún postulan que el principal fin del proceso penal es hallar la verdad (material, procesal o aproximativa⁴¹), no es tanto que ello sirva de base a prácticas inquisitivas, ni que su pretendido fin los introduzca en los clásicos problemas filosóficos de conceptualización terminológica sobre la verdad; sino que los aparta del motivo que originó el proceso: el conflicto o la incertidumbre, jurídicamente relevantes ambos. A partir de esta desviación teleológica surgen todos los inconvenientes procesales, incluyendo la imposibilidad de aplicar mecanismos simplificadores.

Luego de identificar este fin del proceso penal, debe reconocerse que cada etapa procesal tiene objetivos claramente marcados. De este modo, la investigación preparatoria busca recopilar los elementos de convicción para que el fiscal acuse o requiera el sobreseimiento; la eta-

40 DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit., p. 157.

41 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Madrid, 1995, p. 50.



pa intermedia es de control o de saneamiento, según sea el caso, y el juzgamiento está diseñado para determinar la responsabilidad de los acusados. Este breve recuento de lo que cada estadio procesal busca es relevante, ya que el último Acuerdo Plenario supremo sobre terminación anticipada del proceso dice:

20°. La audiencia preliminar de control de la acusación no está diseñada para concretar la terminación anticipada del proceso, pues en la primera solo es obligatoria la asistencia del Fiscal y el defensor del acusado, mientras que la audiencia de terminación anticipada se instalará con la asistencia obligatoria del Fiscal y del imputado y su abogado defensor. En caso de que no concurra el acusado concurrido o los otros si fueran causas complejas o seguidas contra varios encausados, sería imposible desarrollar la audiencia de terminación anticipada. Su aceptación obligaría a fijar otra audiencia, con serio desmedro del principio de aceleramiento procesal.

Desde la perspectiva de los demás sujetos procesales también se producen inconvenientes. Al no ser obligatoria la presencia de ellos no se podrían oponer a la realización de esta audiencia, pues como señala el artículo 468.3 NCPP el requerimiento fiscal o la solicitud del imputado será puesta en conocimiento de todas las partes por el plazo de cinco días, quienes se pronunciarán acerca de la procedencia del proceso de terminación anticipada y, en su caso, formular sus pretensiones. Empero, al aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia tal trámite, indispensable, no será posible.

21°. De lo expuesto en los párrafos anteriores se colige que la incorporación pretoriana de la terminación anticipada en la etapa intermedia afecta gravemente el principio estructural de contradicción procesal, reconocido en el artículo 1.1 del Título Preliminar NCPP, comprendido a su vez en la garantía de defensa procesal reconocida en el artículo 139.14 de la Constitución, desarrollada en el artículo IX del Título Preliminar NCPP. El indicado principio y la garantía procesal aludida integran el Programa procesal penal de la Constitución, que podrían afectarse seriamente si se permite tan insólito proceder, ausente de base legislativa y sustento jurídico procesal.

Estas aseveraciones no tienen la contundencia que la Corte Suprema espera, pues deducir que debido a que la audiencia preliminar de control de acusación no está diseñada para tener la presencia obligatoria de todas las partes, las que eventualmente podrían oponerse al acuerdo, en la etapa intermedia no pueden celebrarse terminaciones anticipadas,

hace surgir la pregunta: ¿y qué audiencia de la investigación preparatoria (contexto en el que se despliega este proceso especial) sí obliga la concurrencia de todos los sujetos procesales? ¿No es que, sin detenerse la investigación preparatoria, la terminación anticipada irrumpe y camina en vía paralela? Para celebrar la terminación anticipada, los sujetos procesales se apartan de la etapa de investigación, sin dejar de ser conscientes de su existencia, que continúa en unos ámbitos, como en el plazo; pero abre un paréntesis en otros, como en el acopio probatorio. Después de todo, la propia naturaleza de la etapa de investigación no está diseñada tampoco para admitir sentencias, pero la especialidad del requerimiento de política criminal permite una excepción, con esperanzas de su mutación en regla general⁴².

Lo mismo ocurre en la fase intermedia. No queda clausurada, sino vigente, con algunos ámbitos suspendidos, como el trámite de la acusación. Si bien una suspensión tal del trámite no está prevista en la norma para estas causas, no es necesario que lo esté.

Ciertamente, dada la naturaleza de lo que en la audiencia de control de acusación se discute, eminentemente formal, no es obligatoria la presencia a esta audiencia ni siquiera del mismo acusado (artículo 351. 1). Sin embargo, para cumplir con las exigencias de la instalación de la audiencia de terminación anticipada, puede haber una reprogramación para que el requerimiento se haga de conocimiento de los demás sujetos procesales (artículo 468. 3). Similar solución dio el profesor Alcides Chinchay, quien a su estilo refirió, respecto del texto comentado del Acuerdo Plenario: *En la medida en que en la [etapa intermedia], no van los mismos sujetos que van a la [terminación anticipada], la "solución pretoriana" será válida siempre y cuando el juez tome la precaución de que todos los interesados hayan efectivamente asistido*⁴³.

42 Estas anotaciones no serían de mayor importancia, ya que a nadie se le ocurriría decir que no hay diferencias entre terminación anticipada y etapa intermedia, si no fuera porque el Acuerdo Plenario utiliza como fundamento también las "diferencias sustantivas" existentes entre tal momento procesal y el mecanismo de simplificación procesal. Cfr. Fundamento jurídico 18. No obstante, *contrario sensu*, ¿acaso la investigación preparatoria no tiene "diferencias sustantivas" con la terminación anticipada? ¿Eso deslegitima la normativa de la terminación anticipada en la etapa de investigación? Obviamente no.

43 En: *Grupo de Interaprendizaje. Acuerdo Plenario sobre terminación anticipada. Más comentarios*, cadena de mensajes promovidas por Mario Rodríguez Hurtado, mensaje de fecha 6 de enero del 2010.

2. Interpretación de la norma procesal

Partiendo de la naturaleza misma de las cosas, no es lo mismo interpretar la norma material que la procesal. Si bien esto pudiera parecer indiscutible, cuando los autores lo desarrollan, dan un trato analógico, por no decir igualitario, a ambos tipos de interpretación.

Ya Alfredo Rocco⁴⁴, a principios de siglo XX, siguiendo a Scialoja, nos decía que las realidades reguladas por la norma material son distintas a las reguladas por la norma procesal. Las primeras son cambiantes, porque las relaciones en la sociedad están en constante cambio. Las segundas, por el contrario, no son tan variables. La misma necesidad de resolver el conflicto hay ahora que hace más de dos mil años, cuando procesaron a Sócrates, pero las razones por las que surgió el problema que devino con la muerte de uno de los más grandes sabios de la historia sí que cambiaron desde entonces.

Existen criterios interpretativos válidos para toda norma jurídica. También hay métodos utilizables a cada una. Como norma jurídica que es, la procesal debe seguir algún método para aplicar esos criterios. Sin embargo, su peculiaridad radica en que la interpretación procesal debe realizarse siguiendo los principios que le son propios.

En nuestro caso, exegéticamente, el artículo 468.1 prohíbe expresamente la terminación anticipada en fase intermedia. No obstante, esta interpretación meramente literal debe concordarse con otros dispositivos y con los principios que guían el proceso penal, ya que el Derecho no es solo la norma.

Comenzando por la adecuación a los principios procesales, tenemos el principio del "*favor rei*". Éste amplía el del *in dubio pro reo*, pues no solo es aplicable en la sentencia absolutoria, sino también en las dudas interpretativas de cualquier norma procesal⁴⁵.

44 *La sentencia civil. La Interpretación procesal*, obra disponible en: <http://foroderecho.blogcindario.com/2008/03/00267-la-sentencia-civil-la-interpretacion-de-las-leyes-procesales-alfredo-rocco.html>. En aras de la lealtad académica, debe decirse del citado autor que fue uno de los más vivos precursores del fascismo italiano. Sin embargo, sin pronunciarnos sobre sus orientaciones políticas, esperamos no caer en prejuicios y atacar los argumentos, no a la persona, evitar cualquier *ad homine*.

45 DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit., p. 54. Cabe aclarar que esto no es lo mismo que la aplicación de la ley más favorable, porque aquí estamos ante la interpretación de una sola norma. En materia procesal no se debe seguir la aplicación de la ley más favorable; la ley procesal a aplicar es la vigente, aunque sea posterior al inicio del proceso. Empero, el nuevo Código procesal penal ha optado por una postura opuesta (Título preliminar, artículo VII. 2).



El artículo VII. 3 del Título preliminar del Código nos dice 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 interpretado restrictivamente. Es a esa interpretación restrictiva a la que apuntamos.

Ya sea la facultad de solicitar una terminación anticipada un derecho procesal o un poder de las partes o, peor aun, su prohibición durante la etapa intermedia una sanción (por una eventual inactividad), su interpretación debe ser restrictiva por mandato normativo. Utilizar dicha disposición como fundamento de interpretación sobre la meramente literal del artículo 468. 1 es obligatorio según el artículo X del Título preliminar: *“Las normas que integran el presente título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación”*.

De primer momento, este criterio de interpretación restrictiva hace preguntarnos ¿Nunca se podrá aplicar la terminación anticipada luego de la acusación? ¿Qué nos dice el principio de economía procesal? ¿Qué el de humanización del proceso?

El primero de ellos busca el ahorro de esfuerzos, dinero y tiempo. Es la consecuencia de que *“debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal”*⁴⁶. Si la terminación anticipada nos evita llegar al juicio, obteniendo la sanción para el imputado y la reparación de la víctima, ¿por qué seguir en el proceso?

El maestro y brillante magistrado José Antonio Neyra Flores nos dijo que la oportunidad de realizársela se dio, luego hay aún la posibilidad de realizar una conclusión anticipada del juicio. Esto es cierto, sin embargo, no es segura la conformidad del acusado, ¿si no se logra poner de acuerdo con el fiscal sobre la pena? Entonces sí se habría perdido la última opción de simplificar el proceso. El acercamiento a negociar en la etapa intermedia es por lo menos una posibilidad de solución.

Continuar la actividad de la maquinaria jurisdiccional ya es un gasto de dinero. Se gasta en notificaciones, papeles, pagos, etc. Es, además, un gasto de esfuerzos y tiempo; no se contribuye con aliviar la sobrecarga procesal (que aún se evidencia en los lugares donde rige el nuevo Código procesal penal) y tanto los jueces, fiscales y defensores (más aún



46 DEVIS ECHANDÍA. Ob. cit., p. 36.

cuando éstos son de oficio), pierden valioso tiempo para dedicarse a otras causas.

Lo que venimos diciendo se refuerza con el derecho de todos a ser procesados en un plazo razonable, cumpliéndose con el derecho fundamental a un debido proceso.

“El proceso judicial de cualquier clase exige formas y ritualidades que, lejos de ser inconvenientes, representan una garantía importante para el debido proceso del derecho constitucional de defensa. Pero es indispensable humanizar al máximo sus procedimientos y trámites, puesto que se trata de actuaciones de personas para juzgar otras personas, cuyos problemas son, por consiguiente, profundamente humanos”⁴⁷. En este sentido, debe comprenderse que mientras viva el proceso, vive el drama humano. Una manera de humanizar las formas como la que estaría prohibiendo la terminación anticipada en la fase intermedia es mediante la excepción: Así como se permite aplicar la oportunidad en dicho momento, debe permitirse también aquella salida alternativa.

Sería desleal por completo si solo esgrimiéramos argumentos que, reforzados por los principios permisivos, favorezcan la aplicación de este mecanismo y no consideremos los principios que podrían prohibirla. Siguiendo esta idea, se nos presenta el de preclusión. Según este principio, todo acto procesal tiene su momento para ser ejecutado⁴⁸. Empero, esta limitación preclusiva está pensada para procesos no orales. Dice Devis Echandía que es “el precio que el proceso escrito paga por una relativa rapidez en su tramitación”⁴⁹. Nuestro proceso penal busca dejar de lado la escrituralidad y orientarse hacia la oralidad. Si bien las contestaciones a la acusación se hacen por escrito, hay una audiencia en la que se debatirá la misma, haciendo de nuestra fase intermedia una etapa eminentemente oral.

No se vulnera el principio de eventualidad (o preclusivo), como se dijo. Éste se insta para ordenar los momentos de defensa y ataque. Sin embargo, la terminación anticipada es la confluencia de ambos a la vez; no se aventaja ninguna de las partes con su aplicación en fase interme-

47 *Ibíd.*, p. 51.

48 *Ibíd.*, pp. 37 y 38. MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de Derecho procesal civil*. 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988, p. 48 y 49.

49 DEVIS ECHANDÍA. *Ob. cit.*, p. 38.

dia. Se mantiene incólume también la igualdad de armas⁵⁰. Pero deben abrirse las posibilidades para que los demás sujetos procesales se enteren de lo que se conversará en la audiencia.

La aplicación de principios procesales es una exigencia no solo de la lógica jurídica o de dogmática jurisprudencial, sino también normativa. Así lo dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵¹, siempre cuidándose como se ha hecho, de no salirse de la normatividad, o sea, de no contravenir el Ordenamiento, en su integridad, entendido como sistema (no cogiendo una norma aislada como si en ella se verificara todo el Derecho). Entonces, la interpretación que venimos sosteniendo se convierte en exigencia normativa.

En contra, el Acuerdo plenario de la Corte Suprema afirma:

A mayor abundamiento, la incorporación del proceso de terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común no solo desnaturaliza su regulación propia y naturaleza jurídica, sino que tergiversa otro eje de su reconocimiento en el proceso penal nacional: la función de acortar los tiempos procesales y evitar las etapas procesales comunes intermedia y de enjuiciamiento, precisamente uno de los fundamentos que permite el beneficio premial de reducción de la pena de una sexta parte. Si se incoa en sede de etapa intermedia no podría aplicarse, en sus propios términos, el artículo 471 NCPP por no cumplir su finalidad político criminal (Fundamento jurídico 19).

Visto estrictamente desde perspectiva de la norma (que regula la terminación anticipada) podría hablarse, como dice la Corte Suprema que se afectaría la regulación prevista, lo que no es así, como venimos sosteniendo. Sin embargo, no puede afirmarse tan dramáticamente, como ella lo hace, que “desnaturaliza su naturaleza jurídica” (sic.), pues la naturaleza dispositiva y negocial siguen manteniéndose incólumes. Se

50 Gimeno Sendra opina que la igualdad de armas junto a la contradicción, son los principios fundamentales del proceso, sin los cuales se estaría ante una forma autocompositiva, ante un mero procedimiento, pero jamás de un proceso. Vid: GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Introducción al Derecho procesal*. 2ª ed. Colex, Madrid, 1997, pp. 291 y ss. La terminación anticipada respeta la contradicción, no hay actuaciones aisladas donde alguna de las partes no intervenga.

51 A la letra reza: “*Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.*”

ahorra tiempo (uno de los tres componentes de la economía procesal), aunque no el máximo esperado, pero se sigue cumpliendo con el objetivo desjudicializador, alcanzándose la finalidad político criminal buscada. Finalmente, Sánchez Velarde, dejando abierta la posibilidad del debate, afirma que admitiendo la terminación anticipada en fase intermedia se dificultaría la postura fiscal para efectos de la negociación, pues ya existe un requerimiento acusatorio, una exposición de pruebas y una propuesta de pena y reparación civil, lo que colocaría a la defensa en mejores condiciones para lograr el acuerdo⁵². En otras palabras, el maestro sanmarquino indica que se vulneraría el principio de igualdad de armas. No obstante, hay que puntualizar que este principio exige justamente que, al margen del contexto de la salida de simplificación procesal, durante la investigación, el encartado mínimamente tenga conocimiento de lo que se le imputa y de qué elementos existen en su contra (para ejercer su derecho de defensa). En las negociaciones para llegar a una terminación anticipada, el fiscal debe realizar un acto de descubrimiento de pruebas (o elementos de convicción, como refiere la norma), a eso le obliga el principio de objetividad. Sería inconcebible que ingrese a negociar ocultando pruebas al imputado. El conocimiento que este último tome del requerimiento de pena y reparación civil no tiene por qué perjudicar la situación del fiscal en la negociación, la pena a solicitar es un dato objetivo⁵³, que será siempre mayor a la que se consideraría como base para negociar la terminación anticipada si ocurriese en la investigación; por lo que hasta resulta ventajoso para su postura.

3. Interpretación correctiva de la norma

La primera interpretación correctiva debe realizarse sobre el artículo 468. 1 del Código procesal. Según lo dicho hasta ahora y en virtud, primordialmente de los principios procesales, no hay razón para excluir por completo la terminación anticipada en audiencia preliminar, más aún cuando, si es bien realizada, con ello no se vulneran derechos funda-

52 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*, pp. 388 y 389.

53 Dentro de las técnicas de negociación se recomienda: separar las personas del problema; dejar las posturas y centrarse en los intereses; acudir a criterios objetivos, e inventar soluciones de mutuo beneficio. Cfr. FISHER, Roger, URY, William y PATTON, Bruce, *Sí, ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, ed. Norma, Bogotá, 2006, pp. 102-107. Teniendo el dato objetivo de la pena solicitada, la defensa vería limitada su posibilidad para negociar sobre una pena menor, por el contrario.

mentales del agraviado, del imputado o los intereses de la sociedad. Se la debe permitir excepcionalmente, siempre que su audiencia no haya sido instalada antes, durante la investigación preparatoria.

El profesor Ricardo Brousset Salas, en sus clases de Práctica de Derecho penal y procesal penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (2008) propuso otra interpretación correctiva: al artículo 350.1.e. Y no le falta razón para decirlo. Como se dijo, la oportunidad consiste en criterios por los cuales el Estado renuncia a la persecución penal. Pero, la acusación es el ejercicio mismo de la acción penal por parte del fiscal. La contradicción salta a la vista: se renuncia a la persecución penal ejercitándola. Es más lógico si entendemos por criterio de oportunidad a la terminación anticipada, pero hacerlo así es incorrecto. Es, por eso, por lo que cree Brousset que el legislador se equivocó, puso una expresión por otra. Esta idea encuentra asidero en que es éste el único lugar donde se trataría el principio de oportunidad como criterio de oportunidad, lo que, en apariencia, es un error.

Sobre la permisión a la oportunidad y la restricción a la terminación anticipada en la etapa intermedia, Mario Rodríguez Hurtado, se pregunta si eso no es un contrasentido. ¿Por qué puede sobreseerse el proceso y archivar la causa, pero no concluirse el mismo con anticipación emitiéndose una sentencia? ¿No es que quien puede lo más, puede lo menos?, se cuestiona, y no le falta razón para hacerlo⁵⁴.

4. Audiencia de terminación anticipada en fase intermedia. Cuidados a tomarse en cuenta

La postura sostenida aquí es que terminada la investigación preparatoria y habiéndose instalado la audiencia preliminar de control de acusación, las partes pueden excepcionalmente lograr un último acercamiento previo al juicio y conversar sobre el destino del proceso. Ese acercamiento muchas veces se da, porque el imputado no había regresado ante el fiscal, porque sencillamente no había sido vuelto a llamar luego de su primera manifestación —algo típico en los procesos por omisión de asistencia familiar, como se indicó—. Este precioso momento debe ser aprovechado para realizar la terminación anticipada. Sin embargo, en aras de proteger la institución y su no degeneración, hay

54 En *Grupo de Interaprendizaje. Terminación anticipada. Acuerdo Plenario restrictivo. Opiniones: Pomareda, Escobar, Castañeda y Rodríguez*, cadena de mensajes promovidas por Mario Rodríguez Hurtado, mensaje de fecha 9 de enero del 2010.



algunas consideraciones a tenerse en cuenta, y son las que se verán a continuación.

4.1. ¿Quién insta la terminación anticipada?

El abogado defensor. Posición que comparto con la de la jueza Frezia Villavicencio Ríos, aunque por distintas razones. La Magistrada, firme en su posición de que la terminación anticipada es un criterio de oportunidad y en atención a que la norma permitiría instarla a los demás sujetos procesales, entendiéndose “distintos del acusador” (artículo 350. 1.e), además del perjuicio que las prórrogas de la audiencia preliminar ocasiona a la celeridad procesal, opina que el abogado defensor debe ser quien lo solicite –lo que no es una práctica en Huaura, según una investigación que ella realizó⁵⁵.

Por otro lado, no guardando la terminación anticipada relación de inclusión con los criterios de oportunidad, el motivo por el que el fiscal no pueda requerir la terminación anticipada, no puede sostenerse en el artículo 350. 1.e del Código procesal penal; sino en la congruencia lógica de los actos humanos y en el principio de no atacar actos propios. Si la etapa intermedia se ha abierto es porque el fiscal ha decidido acusar e ir a juicio, siendo incoherente que lo primero que haga en la audiencia sea solicitar entrevista con el imputado para llegar a un acuerdo.

Debe instarlo el abogado defensor del acusado, si lo cree conveniente. Y esto no puede encubrir actitudes dilatorias, por lo que, si existe una seria intención de concluir el proceso en estos momentos, deberá llevar a su patrocinado consigo a la audiencia.

4.2. ¿Quiénes deben concurrir para iniciar la audiencia?

Para evitar la indefensión a la que se refiere el Acuerdo Plenario, el juez deberá verificar la asistencia de todos los sujetos procesales a la audiencia. Si no están presentes, deberá notificarles en el plazo previsto en el artículo 468. 3 del Código procesal penal. Postergándose la audiencia por una sola vez, a fin de que no se vulnere el principio de economía procesal y el de celeridad. La incomparecencia de los demás sujetos procesales no debe frustrarla, pues su presencia es facultativa (artículo 468. 4).

55 VILLAVICENCIO RÍOS, Frezia Sissi. *La terminación anticipada del proceso en las audiencias de prisión preventiva y de control de acusación*, p. 16.



4.3. ¿Cuál es el destino de la acusación fiscal?

En los primeros momentos de la reforma se intentaron todos los medios para responder esta pregunta, siendo lo más prudente el silencio al respecto; lo que se hizo, pero sin fundamento alguno. Algunos fiscales requerían la transformación de la audiencia preliminar en una de terminación anticipada y, con ello, retiraban su acusación⁵⁶. Esto no es aconsejable, primero, por la carencia del medio previsto por ley para hacerlo y, segundo, por el grave riesgo de que las negociaciones sean infructuosas, haciendo ello necesario que vuelva a presentar la acusación, lo que restaba seriedad al proceso penal. Posteriormente optaron por requerir la suspensión de la tramitación de la acusación⁵⁷. Esto último sería lo más correcto, aunque puede alegarse que la norma tampoco prevé a la terminación anticipada como una causal para suspender la acusación, no obstante que fácticamente se produzca ese efecto.

Por ello, lo recomendable es omitir conscientemente pronunciarse sobre la situación de la acusación, ya que esta persiste hasta que la sentencia condenatoria no sustraiga la materia del requerimiento acusatorio. Las partes han decidido no discutir la validez de las formalidades de la acusación todavía, se reservan ello para un eventual fracaso en las negociaciones en la terminación anticipada.

4.4. ¿Qué sucede si no asisten algunos sujetos procesales a la audiencia reprogramada?

A la audiencia preliminar debe asistir el acusado con su abogado defensor, solo si quieren postular una terminación anticipada. Si no acude el acusado, se entiende que esa no era su pretensión, tramitándose normalmente el control de la acusación. Empero, si el que no asiste es un sujeto distinto al acusado, su defensa o el fiscal, entonces, se le notificará como se indicó líneas arriba y se reprogramará la audiencia por una sola vez.

El juez no debe amparar el abuso de derecho, si a la audiencia reprogramada no asiste alguno de estos últimos sujetos procesales (distinto del fiscal y del acusado con su defensa), la audiencia de terminación

-
- 56 Sentencias de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Huaura recaídas en los expedientes 889-1-2006, del 27 de diciembre del 2006; 953-25-2006, del 15 de noviembre del 2006, y 992-06, de la misma fecha que el anterior.
- 57 Por todas ver la sentencia recaída en el Exp. 43-2007, del 10 de julio del 2007.



anticipada se celebrará en su ausencia (artículo 468. 4). Si el que no asiste es el abogado defensor, se le debe imponer uno de oficio, pues la situación es excepcional y la terminación anticipada no se condiciona al abogado de la elección del acusado, facilitándosele un tiempo prudencial para que converse con su patrocinado y analice el caso. Si el imputado no está conforme, aquél, debe resignarse a que se continúe con el control de acusación. Finalmente, si el que no asiste a la audiencia reprogramada es el mismo acusado, se procederá de igual forma, pues se entiende que ha desistido de su pretensión de terminar anticipadamente el proceso.

En caso de pluralidad de imputados debe tenerse similar criterio. La inasistencia de uno perjudicará a los demás coimputados. Para bien o para mal, esas son las reglas de la terminación anticipada, se exige acuerdo conjunto, salvo en delitos conexos (artículo 469).

4.5. ¿Cómo desestimular el llegar hasta esta etapa para negociar?

El exceso de causas que ingresan a la etapa intermedia no justificaría una promoción de los mecanismos de simplificación procesal o de salidas alternativas recién en la audiencia preliminar. Es menester denunciar que nos evitaríamos todos estos problemas interpretativos si los litigantes tuvieran sólidos conocimientos de negociación penal —entendida como la vía de solución de conflictos separando las personas de los problemas, acudiendo a criterios objetivos y buscando la solución justa—. Es importante que las partes comprendan los beneficios que les espera si aprenden a “ponerse de acuerdo” en los momentos indicados.

Es inconcebible, por otro lado, que las terminaciones anticipadas celebradas en esta fase procesal sean tan provechosas para los imputados como las que hubieran realizado en la investigación preparatoria. Debe evitarse la degeneración que ha ocurrido con la conclusión anticipada del juicio oral, en la que se pueden llegar a tener acuerdos con penas inferiores a las que se obtendrían en supuestos similares con la terminación anticipada del proceso⁵⁸.

El modelo debe premiar mejor al imputado que, consciente de su actuar delictivo, se somete a este proceso especial durante la investigación

58 Así lo denunció Reyes Alvarado el día de su exposición en el evento organizado por De lure, citado arriba.



preparatoria. Formulada la acusación, su aporte a la economía procesal, aun existiendo, es de menor calidad, y eso debe ser considerado por el fiscal como elemento en la negociación. De este modo, el Ministerio Público brindará el mensaje de apoyar a los que apoyan a la eficacia del nuevo modelo procesal.

El fiscal deberá mantenerse firme en no aceptar penas menores a las que hubiera aceptado en la investigación preparatoria. Pero debe prever que una posición con escasos beneficios para el imputado van a provocar que éste se decida por ir al juicio y tentar una conformidad negociada. Por eso, su postura debe ser también flexible y permitir un acuerdo con mayores beneficios que los que el imputado conseguiría con la conclusión anticipada del juicio. En síntesis, es un acuerdo intermedio, en cuanto al beneficio recibido, siempre con las consideraciones de las rebajas legales.

VI. DESVINCULACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO N° 05-2008/CJ-116, DEL 13 DE NOVIEMBRE DEL 2009, SOBRE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

La Corte Suprema no menciona cuáles de sus propios pronunciamientos en los que haya resuelto casos de aplicación de la terminación anticipada en fase intermedia, ha tomado para elaborar este Acuerdo.

En el Preámbulo jurisprudencial de este capítulo se muestra parte de la sentencia de un juzgado de investigación preparatoria de Trujillo en la que se utiliza, como fundamento, el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho, en el que se dice claramente que la terminación anticipada se incardina en los criterios de oportunidad. Ese Acuerdo plenario es tan vinculante como el del 2009, sin embargo, por ningún lado del último de ellos fue citado. Tendenciosamente omitieron pronunciarse al respecto.

Como ello, muchos aspectos del Acuerdo Plenario son cuestionables. A continuación se desarrollarán sucintamente los más trascendentales, que pueden ser utilizados por los magistrados cuando decidan apartarse de él⁵⁹.

59 En base al debate sostenido por el autor del capítulo en la sesión del 23 de enero del 2010 en el Círculo de Estudios Cesare Beccaria en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. Controversia sobre la posibilidad de realizar Acuerdos plenarios vinculantes y posibilidad de su desvinculación

Hemos visto que interpretando restrictivamente la prohibición de celebrar terminaciones anticipadas en la fase intermedia es posible la aplicación de esta salida simplificadora en ese momento. Sin embargo, ya que existe un Acuerdo Plenario que dispone su carácter vinculante⁶⁰, es necesario fundamentar por qué debe previamente desvincularse de él para proceder del modo propuesto.

Ya la sola facultad de la Corte Suprema de emitir Acuerdos con carácter vinculante para toda la judicatura nacional es controvertida, pues sus pronunciamientos no surgen a propósito de la resolución de un caso específico. Y esto se ha convertido en una práctica usual, pues todos los años se están emitiendo nuevos precedentes vinculantes de este modo. Pletóricos pronunciamientos que no siempre versan sobre temas discutidos por la doctrina o la jurisprudencia, como es el caso de la terminación anticipada. No es extraño tampoco que la redacción de los documentos en los que se plasman estos acuerdos sea enrevesada.

Hay antecedentes de graves incursiones de los magistrados supremos en la función del legislador. El caso paradigmático, que incluso provocó un retroceso en su criterio fue el de la violación sexual de menor. La última modificatoria del artículo 173.3 del Código penal eliminó el derecho a la libertad sexual de los menores de entre los catorce y dieciocho años de edad. Esta inconstitucional medida ocasionó asaz condenas de muchachos que mantenían relaciones sexuales consentidas con menores dentro de las edades indicadas. Por eso, la Corte Suprema, en Acuerdo Plenario del 2007, decidió⁶¹ que los jueces debían tener en consideración una serie de atenuantes al momento de imponer la pena a los agentes por este delito y también precisó que las sanciones a imponerse debían ser, de acuerdo a las circunstancias, las previstas para otros tipo penales⁶². Felizmente, luego del experimento fallido de la *lex tertia* para las relaciones sexuales mantenidas con estos menores, la Corte Suprema volvió sobre sus pasos, y mediante el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, del 18

60 Según su Antecedente N° 4 y los párrafos 23 y 24, de lo acordado.

61 Mediante Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 (vinculante), del 16 de noviembre del 2007.

62 Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del 16 de noviembre del 2007.



de julio del 2008, decidió dejar sin efecto el anterior, estableciendo como criterio vinculante para esos delitos la consideración al consentimiento.

Lo que se pretende con esta evocación de los Acuerdos Plenarios precedentes es demostrar que cuando los criterios de los jueces supremos están equivocados, pueden ser modificados. Eso lo entendió el magistrado Giammpol Taboada al frente del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo y en un caso real se desvinculó del primero de los Acuerdos⁶³ (el segundo no había sido dictado aún), sin ser necesaria la elevación a consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema pues, en rigor, no es un control difuso. Eso se propone para el caso del Acuerdo plenario sobre terminación anticipada.

2. Críticas al Acuerdo Plenario

Omitiendo mayores discusiones sobre la veracidad de algunas afirmaciones de las Salas penales de la Corte Suprema para realizar este Acuerdo Plenario⁶⁴, se tomará como referencia los puntos que se indican en el tercer párrafo del mismo: Sobre la viabilidad de aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia del proceso común u ordinario, la posibilidad de emitir sentencia absolutoria a pesar de existir un acuerdo entre las partes, los criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena, los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera, y la procedencia y alcances, en su caso, de la apelación del auto que desaprueba el acuerdo de terminación anticipada.

63 Auto recaído en el Expediente N° 3312-2007, del 31 de marzo del 2008.

64 Como la contenida en el párrafo 2° cuando afirma existir preocupaciones en la judicatura nacional en los temas discutidos, aun cuando por ejemplo en la aplicación de esta institución en la fase intermedia ya había un consenso a nivel de juzgados de investigación preparatoria a nivel nacional; o cuando se dice en el párrafo 1ero que el fin es concordar la jurisprudencia nacional, como si este último asunto en la actualidad sea materia de pronunciamientos discordantes en la jurisprudencia (no se indicó, asimismo, cuál ha sido el material de trabajo que se ha tenido a la vista: sentencias anticipadas, sentencias de Sala de Apelaciones o casaciones). Mario Rodríguez denuncia que los autores del Acuerdo no han realizado un estudio estadístico de los resultados de la aplicación de la terminación anticipada en este estadio procesal, ni ha sopesado el impacto que su pronunciamiento causará. Cfr. su comentario en la cadena de mensajes del Grupo de Interaprendizaje, de fecha mensaje 9 de enero del 2010.



2.1. Prohibición de absolver habiendo acuerdo provisional de terminación anticipada. Posibilidad de archivamiento de la causa (párrafo 12, 2da parte, del Acuerdo).

Correctamente, la Corte Suprema opinó que, pese a la posibilidad brindada por el artículo 468. 6 y su lamentable remisión “técnica” al artículo 398 (que regula la sentencia absolutoria), no puede absolverse en este proceso especial, que, en todo caso la deficiencia en los elementos de convicción debe ser resuelto por el Fiscal, director de las investigaciones.

Sin embargo, omitió un tema de importancia: ¿Qué hacer si se percata de que existe atipicidad en la figura, ha prescrito el delito o es aplicable cualquiera de las demás excepciones?

Lo que corresponde hacer en estos casos no es absolver, pues no ha habido actividad probatoria que el juez valore para resolver en ese sentido, ni siquiera hay con propiedad una acusación. El juez que encuentre una excepción que concluya el proceso y que pueda resolver de oficio, debe declararla, pero luego de rechazar el acuerdo. Los pasos propuestos son los siguientes: Rechazo del acuerdo, en ejercicio del último control de legalidad de la terminación anticipada, pues el delito ha prescrito, o es materia de cosa juzgada, o los hechos no constituyen delito, etc. Seguidamente, debe declararse de oficio la excepción correspondiente, conforme el artículo 7.3 del Código procesal penal.

2.2. Apelación del auto que desapueba el acuerdo de terminación anticipada y de la sentencia anticipada (párrafo 16, 2da parte, del Acuerdo).

La Sala Penal de Apelaciones de Trujillo se había pronunciado en el sentido que la desaprobación del acuerdo de terminación anticipada no es apelable, porque la norma no lo había previsto expresamente así. Este pronunciamiento fue materia de queja ante la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la que confirmó lo decidido por la judicatura trujillana⁶⁵. Esta posición, sin embargo, es corregida por el Acuerdo Plenario, al considerar que la impugnación de la resolución que desapruere el acuerdo cumple con lo estipulado para la apelación de autos, pues se pone fin a un procedimiento y se ocasiona un gravamen irreparable al negar el acceso al beneficio tasado de la reducción de la pena en un sexto (contemplado en el artículo 416.1. “b” y “e”).

65 TABOADA PILCO, Giammpol. *Jurisprudencia y buenas prácticas en el nuevo Código procesal penal*, pról. Arsenio Oré Guardia, 1ª ed., Editorial Reforma, 2009, p. 509.



También se determinó que es posible apelar la sentencia emitida luego de la aprobación del acuerdo de terminación anticipada si se sale de los puntos acordados o si omite alguno de ellos⁶⁶, lo que es correcto.

Sin embargo, otra de las cuestiones no consideradas por el Acuerdo Plenario es relativa al sentido del fallo de la Sala Superior que revise la apelación de la sentencia anticipada apelada o del auto que desaprueba el acuerdo: ¿Puede revocar y decidir o únicamente puede anular? Al respecto, la Sala Penal de Apelaciones de Huaura dijo: “La Sala Superior no puede revocar el acuerdo, como pretendía el recurrente, y reformándolo, declararlo aprobado. Hacerlo conllevaría a emitir sentencia anticipada en primera instancia, que no es competencia de la Sala Penal” (exp. 071-2006). No obstante, si está en manos del juez superior modificar la recurrida adoptando nuevos criterios adecuados a ley, puede aprobar el acuerdo por cumplir con las formalidades y requisitos de legalidad.

2.3. Criterios para determinar la aplicación del beneficio de rebaja de un sexto sobre la pena y los alcances de la aplicación de la atenuación excepcional por confesión sincera

Se había hablado que los acuerdos plenarios de la Corte Suprema podían ser enrevesados. Bueno, acá tenemos un ejemplo. Es notoria la defectuosa la redacción de los párrafos 13 y 14 del Acuerdo, que, para comprenderlo mejor será transcrito en lo pertinente:

a) Determinación de la pena abstracta y concreta

La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica –definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes–, como al establecimiento de la pena concreta o final –que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad–.

El acuerdo deberá determinar la pena concreta o final consensuada, cuyo examen, bajo las pautas señaladas líneas arriba –juicios

66 Así ha sido considerado por la Sala Penal Superior de Huaura, ver el Exp. 071-06. En esta se dijo que se podía admitir si se vulneraban derechos fundamentales.



de legalidad y razonabilidad de la pena—, corresponde realizar al Juez (Acuerdo en estudio, párrafo 13).

La primera parte del párrafo citado no hace más que exponer resumidamente los criterios para la determinación de la pena —el Pleno decidió hacerlo precedente vinculante (párrafo 4) como “doctrina legal”, por el párrafo 23; no obstante ya haber sido materia de otro Acuerdo Plenario (1-2008/CJ-116); se ha hecho precedente de observancia obligatoria algo que ya tenía tal condición—. La segunda parte nos trae un nuevo tipo de pena: la pena concreta consensuada (o final consensuada), distinta de la pena concreta o final a la que se refería el Acuerdo plenario del año 2008, pues como lo indica la primera parte del párrafo mostrado, esta última especie de pena solo debe observar los factores de individualización establecidos en los artículos 45 y 46 del Código penal. Al no considerarse para nada, hasta el momento, el beneficio premial de la reducción en un sexto, esta pena concreta queda algo vacía de contenido, no diferenciándose para nada la pena consensuada de la concreta o final.

No obstante lo dicho anteriormente, si no era intención del Pleno Supremo añadir tipo de pena alguno, entonces la segunda parte del párrafo citado resulta ser redundante.

- b) Beneficios premiales. Sobre este punto, se extrae el párrafo 14 en su integridad:

El artículo 471 NCPP estipula una reducción adicional acumulable de la pena de una sexta parte. Cabe puntualizar que la última frase del citado dispositivo legal precisa que el beneficio en cuestión es adicional y se acumulará al que reciba por confesión. Esta última es una circunstancia modificativa de la responsabilidad de carácter genérica y excepcional, en tanto permite disminuir la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal (artículo 161 NCPP), que lo que hace es redefinir el marco penal correspondiente, de ahí que es lógica la disposición procesal que la diferencia del beneficio por el acogimiento a la terminación anticipada y, por tanto, no encuentra obstáculo a su acumulación.

Ahora bien, la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre esta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte —es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada—. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre diferenciándola de la pena concreta y final, del resultado final como consecuencia del beneficio aludido, a efecto de que el Juez pueda definir



con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión.

El sentido del Acuerdo en cuanto a las reducciones es: Primero, disminuir por confesión, sobre esta cantidad, recién se disminuiría el sexto que permite la terminación anticipada.

Nuevamente se ha omitido un aspecto importante, el Pleno no aclara qué confesión recibirá el beneficio. Si ha expuesto nuevamente las consideraciones para la determinación de la pena, no parecería ocioso pronunciarse expresamente que la confesión a la que se refiere el artículo 471 del Código procesal penal es la considerada como sincera; la simple remisión al artículo 161 del mismo Código no basta si a lo largo del Acuerdo se va a seguir tratando de una "confesión", a secas, y no de una "confesión sincera". Toda terminación anticipada supone una confesión, pero no todas van a tener el beneficio por la confesión sincera.

En sesión del Círculo de Estudios Cesare Beccaria se consideró, por mayoría, que los beneficios obtenidos por terminación anticipada y confesión son acumulables, pero ambos se determinan en base a la misma pena concreta, que merecería el agente por el reproche penal; estas reducciones independientes a la misma pena la reducirían cada una por su propia cuenta.

La segunda parte del párrafo copiado solamente dispone que la reducción por terminación anticipada puede ser efectuada en el acuerdo, pero que ello debe dejarse en claro ante el juez. La fórmula utilizada es enredada y redundante en sus primeras líneas.

3. Inobservancia al Acuerdo Plenario para poder aplicar la terminación anticipada en la etapa intermedia

Aceptando que la Corte Suprema tenga la prerrogativa de emitir acuerdos plenarios y otorgarles una cualidad vinculatoria para los demás magistrados del Poder Judicial, es preciso motivar la sentencia anticipada dictada en la etapa intermedia señalando por qué se apartan de los criterios vinculantes.

No se trata de un control difuso, ya que lo que se inaplica no es una norma, por eso mismo, tampoco tiene que elevarse lo resuelto en consulta.

Si la audiencia se lleva adecuadamente y, como se espera, todos los sujetos procesales saldrán satisfechos de la misma, la sentencia no será siquiera apelada. Si se realiza en ausencia del agraviado, actor civil o tercero civil, por causas no imputables a los demás sujetos procesales,

siempre tendrán derecho a apelar el extremo que les corresponda. Lo que no podrán deducir es la nulidad por haberse realizado la audiencia sin su presencia.

Entonces, el único riesgo estaría dado por la Oficina de Control de la Magistratura, que inopinadamente puede revisar las sentencias emitidas por los jueces de investigación preparatoria. Ningún juez quiere verse envuelto en investigaciones ni mucho menos terminar siendo sancionado disciplinariamente, pero el éxito de la reforma exige magistrados valientes, firmes en sus decisiones y con verdadera vocación de servicio. Con el transcurrir del tiempo, la OCMA misma debe darse cuenta de que los jueces no buscan obstruir ni perjudicar el modelo, sino, por el contrario, basados en principios, solo cumplen con su función: solucionar el conflicto jurídicamente relevante aplicando el Derecho, buscando la armonía y la paz sociales, para tutelar la libertad y la dignidad humanas.

VII. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Como se ha sostenido a lo largo de este capítulo, la terminación anticipada, como mecanismo de simplificación procesal, debe permitirse ser realizada aun en fase intermedia, como último mecanismo que podría concluir el proceso imponiendo condena previamente al juicio. La aparente imposibilidad normativa para hacerlo es salvada con los principios procesales y una interpretación sistemática que no solo se limite al Código, sino que sea integral, incluyendo la revisión constitucional.

Puede concluirse válidamente, por lo tanto, que caben dos posibilidades sobre el origen del problema: o no fue voluntad del legislador permitir la terminación anticipada en fase intermedia –posición sostenida por el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema–, o bien se equivocó y redactó “criterios de oportunidad” en lugar de “terminación anticipada”. Sea como fuere, la realidad nos dice que su aplicación se hace necesaria y el análisis demuestra que es posible realizarla⁶⁷.

Tal vez nos haga falta recordar el Decálogo del abogado del maestro Couture: debemos luchar por el Derecho, por la vigencia y el respeto de la

67 Sin recurrir para ello a interpretaciones más forzadas. Aunque resulta interesante lo afirmado por Horst Schönbohm, en el sentido de que estrictamente lo que se vino a llamar acusación y que abre la fase intermedia no es tal si todavía no ha sido sometida al control en la audiencia preliminar. Cfr. RODRÍGUEZ HURTADO, Mario, Grupo de Interaprendizaje cit., mensaje de fecha 9 de enero del 2010.

norma, pero cuando nos encontremos entre el Derecho y la justicia, debemos elegir esta, preferir darle solución al conflicto en justicia.

Hasta el día que la Corte Suprema cambie de parecer, se sugiere a los jueces del país a que se desvinculen de este Acuerdo plenario y sigan aplicando la terminación anticipada en la etapa intermedia. Asimismo se lanza esta propuesta de *lege ferenda*: Modificar el artículo 350.1.e, que quedaría de la siguiente forma:

Artículo 350.

1. La acusación será notificada a los demás sujetos procesales. En el plazo de diez días éstos podrán:

(...)

e) Instar por última vez y cumpliendo sus requisitos una terminación anticipada del proceso o la aplicación, si fuere el caso, del principio de oportunidad.

(...)

SECCIÓN VI^(*)
PROCESO POR COLABORACIÓN EFICAZ

() 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 de la presente Sección VI. La citada Ley vigente a partir del 19-12-2013.*

Artículo 472. Acuerdo de beneficios

1. *El Ministerio Público podrá celebrar un acuerdo de beneficios y colaboración con quien, se encuentre o no sometido a un proceso penal, así como con quien ha sido sentenciado, en virtud de la colaboración que presten a las autoridades para la eficacia de la justicia penal.*
2. *Para estos efectos, el colaborador debe:*
 - a) *Haber abandonado voluntariamente sus actividades delictivas;*
 - b) *Admitir o no contradecir, libre y expresamente, los hechos en que ha intervenido o se le imputen. Aquellos hechos que no acepte no formarán parte del proceso por colaboración eficaz, y se estará a lo que se decida en el proceso penal correspondiente; y,*
 - c) *Presentarse al Fiscal mostrando su disposición de proporcionar información eficaz.*
3. *El acuerdo está sujeto a la aprobación judicial.*

Artículo 473. Ámbito del proceso y Competencia

1. *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 activos, delitos informáticos, contra la humanidad;^(*)*
- (*) Literal modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30096, publicada el 22-10-2013.*
- 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.^(*)*
- (*) Literal 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:*
- "b) *Para todos los casos de criminalidad organizada previstos en la ley de la materia".*
 - 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.*

2. *No será obstáculo para la celebración del acuerdo cuando se trate de concurso de delitos y uno de ellos no corresponda a los previstos en el presente artículo.*
3. *Los órganos de gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público, podrán establecer jueces y fiscales para el conocimiento, con exclusividad o no, de este proceso.*

Artículo 474. Requisitos de la eficacia de la información y beneficios premiales

1. *La información que proporcione el colaborador debe permitir, alternativa o acumulativamente:*
 - a) *Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización delictiva.*
 - b) *Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.*
 - c) *Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de la organización delictiva y su funcionamiento, de modo que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros;*
 - d) *Entregar los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos relacionados con las actividades de la organización delictiva, averiguar el paradero o destino de los mismos, o indicar las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva;*
2. *El colaborador podrá obtener como beneficio premial, teniendo en cuenta el grado de eficacia o importancia de la colaboración en concordancia con la entidad del delito y la responsabilidad por el hecho, los siguientes: exención de la pena, disminución de la pena hasta un medio por debajo del mínimo legal, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, o remisión de la pena para quien la está cumpliendo.*
3. *El beneficio de disminución de la pena podrá aplicarse acumulativamente con la suspensión de la ejecución de la pena, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 57 del Código Penal. Cuando el colaborador tiene mandato de prisión preventiva, el Juez podrá variarlo por el de comparecencia, imponiendo cualquiera de las restricciones previstas en el artículo 288, inclusive la medida de detención domiciliaria.*
4. *La exención y la remisión de la pena exigirá que la colaboración activa o información eficaz permita:*
 - a) *evitar un delito de especial connotación y gravedad;*



- b) *identificar categóricamente y propiciar la detención de líderes de especial importancia en la organización delictiva;*
 - c) *descubrir concluyentemente aspectos sustantivos de las fuentes de financiamiento y aprovisionamiento de la organización delictiva, o de los instrumentos, efectos, ganancias y bienes delictivos de notoria importancia para los fines de la organización.*
5. *No podrán acogerse a ningún beneficio premial los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas. El que ha intervenido en delitos que han causado consecuencias especialmente graves únicamente podrá acogerse al beneficio de disminución de la pena, que en este caso sólo podrá reducirse hasta un tercio por debajo del mínimo legal, sin que corresponda suspensión de la ejecución de la pena, salvo la liberación condicional y siempre que haya cumplido como mínimo la mitad de la pena impuesta.*

Artículo 475. Diligencias previas a la celebración del acuerdo

1. *El Fiscal, en cualquiera de las etapas del proceso, está autorizado a celebrar reuniones con los colaboradores cuando no exista impedimento o mandato de detención contra ellos, o, en caso contrario, con sus abogados, para acordar la procedencia de los beneficios.*
2. *El Fiscal, como consecuencia de las entrevistas realizadas y de la voluntad de colaboración del solicitante, dará curso a la etapa de corroboración disponiendo los actos de investigación necesarios para establecer la eficacia de la información proporcionada. En estos casos requerirá la intervención de la Policía para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un Informe Policial. Los procesos, incluyendo las investigaciones preparatorias, que se siguen contra el solicitante continuarán con su tramitación correspondiente.*
3. *El Fiscal, asimismo, podrá celebrar un Convenio Preparatorio, que precisará –sobre la base de la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos o hechos delictuosos objeto de imputación o no contradicción– los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.*
4. *El colaborador, mientras dure el proceso, de ser el caso, será sometido a las medidas de aseguramiento personal necesarias para garantizar el éxito de las investigaciones, la conclusión exitosa del proceso y su seguridad personal. En caso necesario, y siempre que no esté en el ámbito de sus potestades, el Fiscal acudirá al Juez de la Investigación Preparatoria requiriéndole dicte las medidas de coerción y de protección que correspondan. Éstas se dictarán reservadamente y en coordinación con el Fiscal.*
5. *El Fiscal requerirá a los órganos fiscales y judiciales, mediante comunicación reservada, copia certificada o información acerca de los*

cargos imputados al solicitante. Los órganos requeridos, sin trámite alguno y reservadamente, remitirán a la Fiscalía requirente la citada información.

6. *El agraviado, como tal, deberá ser citado en la etapa de verificación. Informará sobre los hechos, se le interrogará acerca de sus pretensiones y se le hará saber que puede intervenir en el proceso –proporcionando la información y documentación que considere pertinente– y, en su momento, firmar el Acuerdo de Beneficios y Colaboración.*

Artículo 476. El Acta de colaboración eficaz - denegación del Acuerdo

1. *El Fiscal, culminados los actos de investigación, si considera procedente la concesión de los beneficios que correspondan, elaborará un acta con el colaborador en la que constará:*
 - a) *El beneficio acordado;*
 - b) *Los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión en los casos que ésta se produjere; y,*
 - c) *Las obligaciones a las que queda sujeta la persona beneficiada.*
2. *El Fiscal, si estima que la información proporcionada no permite la obtención de beneficio alguno, por no haberse corroborado suficientemente sus aspectos fundamentales, denegará la realización del acuerdo y dispondrá se proceda respecto del solicitante conforme a lo que resulte de las actuaciones de investigación que ordenó realizar. Esta Disposición no es impugnabile.*
3. *Si la información arroja indicios suficientes de participación delictiva en las personas sindicadas por el colaborador o de otras personas, será materia –de ser el caso– de la correspondiente investigación y decisión por el Ministerio Público, a los efectos de determinar la persecución y ulterior sanción de los responsables.*
4. *En los casos en que se demuestra la inocencia de quien fue involucrado por el colaborador, el Fiscal deberá informarle de su identidad, siempre que se advierta indicios de que a sabiendas hizo la imputación falsa, para los fines legales correspondientes.*

Artículo 477. Colaboración durante la etapa de investigación del proceso contradictorio

1. *Cuando el proceso por colaboración eficaz está referido a hechos que son materia de un proceso penal que se encuentra en la etapa de investigación o incluso si no existe investigación, el Acuerdo de Beneficios y Colaboración se remitirá al Juez de la Investigación Preparatoria, conjuntamente con los actuados formados al efecto, para el control de legalidad respectivo.*



2. *El Juez Penal, en el plazo de cinco días, mediante resolución inimpugnable, podrá formular observaciones al contenido del acta y a la concesión de los beneficios. En la misma resolución ordenará devolver lo actuado al Fiscal.*
3. *Recibida el acta original o la complementaria, según el caso, con los recaudos pertinentes, el Juez Penal, dentro del décimo día, celebrará una audiencia privada especial con asistencia de quienes celebraron el acuerdo, en donde cada uno por su orden expondrá los motivos y fundamentos del mismo. El Juez, el Fiscal, la defensa y el Procurador Público –en los delitos contra el Estado– podrán interrogar al solicitante. De dicha diligencia se levantará un acta donde constarán resumidamente sus incidencias.*
4. *Culminada la audiencia, el Juez dentro de tercer día dictará, según el caso, auto desaprobando el acuerdo o sentencia aprobándolo. Ambas resoluciones son susceptibles de recurso de apelación, de conocimiento de la Sala Penal Superior. El agraviado, en tanto haya expresado su voluntad de intervenir en el proceso y constituido en parte, tendrá derecho a impugnar la sentencia aprobatoria.*
5. *Si el Juez considera que el acuerdo no adolece de infracciones legales, no resulta manifiestamente irrazonable, o no es evidente su falta de eficacia, lo aprobará e impondrá las obligaciones que correspondan. La sentencia no podrá exceder los términos del Acuerdo. Si el acuerdo aprobado consiste en la exención o remisión de la pena, así lo declarará, ordenando su inmediata libertad y la anulación de los antecedentes del beneficiado. Si consiste en la disminución de la pena, declarará la responsabilidad penal del colaborador y le impondrá la sanción que corresponda según los términos del acuerdo, sin perjuicio de imponer las obligaciones pertinentes.*

Artículo 478. Colaboración durante las otras etapas del proceso contradictorio

1. *Cuando el proceso por colaboración eficaz se inicia estando el proceso contradictorio en el Juzgado Penal y antes del inicio del juicio oral, el Fiscal –previo los trámites de verificación correspondientes– remitirá el acta con sus recaudos al Juez Penal, que celebrará para dicho efecto una audiencia privada especial.*
2. *El Juzgado Penal procederá, en lo pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. La resolución que pronuncie sobre la procedencia o improcedencia de los beneficios es susceptible de recurso de apelación, de conocimiento de la Sala Penal Superior.*
3. *Si la colaboración se inicia con posterioridad a la sentencia, el Juez de la Investigación Preparatoria a solicitud del Fiscal, previa*



celebración de una audiencia privada en los términos del artículo anterior, podrá conceder remisión de la pena, suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, conversión de pena privativa de libertad por multa, prestación de servicios o limitación de días libres, conforme a las equivalencias previstas en el artículo 52 del Código Penal.

4. *En el supuesto del numeral 3) si el Juez desestima el Acuerdo, en la resolución se indicarán las razones que motivaron su decisión. La resolución –auto desaprobatorio o sentencia aprobatoria– que dicta el Juez es susceptible de recurso de apelación, de conocimiento de la Sala Penal Superior.*

Artículo 479. Condiciones, Obligaciones y Control del beneficiado

1. *La concesión del beneficio premial está condicionado a que el beneficiado no cometa nuevo delito doloso dentro de los diez años de habersele otorgado. Asimismo, conlleva la imposición de una o varias obligaciones, sin perjuicio de disponer que el beneficiado se obligue especialmente a concurrir a toda citación derivada de los hechos materia del Acuerdo de Colaboración aprobado judicialmente.*
2. *Las obligaciones son las siguientes:*
 - a) *Informar de todo cambio de residencia;*
 - b) *Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;*
 - c) *Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo imposibilidad económica;*
 - d) *Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y drogas;*
 - e) *Someterse a vigilancia de las autoridades o presentarse periódicamente ante ellas;*
 - f) *Presentarse cuando el Juez o el Fiscal lo solicite;*
 - g) *Observar buena conducta individual, familiar y social;*
 - h) *No salir del país sin previa autorización judicial;*
 - i) *Cumplir con las obligaciones contempladas por el Código de Ejecución Penal y su Reglamento;*
 - j) *Acreditar el trabajo o estudio ante las autoridades competentes.*
3. *Las obligaciones se impondrán según la naturaleza y modalidades del hecho punible perpetrado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometió, la naturaleza del beneficio y la magnitud de la colaboración proporcionada, así como de acuerdo a las condiciones personales del beneficiado. Las obligaciones se garantizarán mediante caución o fianza, si las posibilidades económicas del colaborador lo permiten.*



4. *Corresponde el control de su cumplimiento al Ministerio Público, con la intervención del órgano especializado de la Policía Nacional, que al efecto tendrá un registro de los beneficiados y designará al personal policial necesario dentro de su estructura interna.*

Artículo 480. Revocación de los beneficios

1. *El Fiscal Provincial, con los recaudos indispensables acopiados en la indagación previa iniciada al respecto, podrá solicitar al Juez que otorgó el beneficio premial la revocatoria de los mismos. El Juez correrá traslado de la solicitud por el término de cinco días. Con su contestación o sin ella, realizará la audiencia de revocación de beneficios con la asistencia obligatoria del Fiscal, a la que debe citarse a los que suscribieron el Acuerdo de Colaboración. La incomparecencia del beneficiado no impedirá la continuación de la audiencia, a quien debe nombrársele un defensor de oficio. Escuchada la posición del Fiscal y del defensor del beneficiado, y actuadas las pruebas ofrecidas, el Juez decidirá inmediatamente mediante auto debidamente fundamentado en un plazo no mayor de tres días. Contra esta resolución procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal Superior.*
2. *Cuando la revocatoria se refiere a la exención de pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral anterior se seguirá el siguiente trámite, sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:*
 - a) *Se remitirán los actuados al Fiscal Provincial para que formule acusación y pida la pena que corresponda según la forma y circunstancias de comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado;*
 - b) *El Juez Penal inmediatamente celebrará una audiencia pública con asistencia de las partes, para lo cual dictará el auto de enjuiciamiento correspondiente y correrá traslado a las partes por el plazo de cinco días, para que formulen sus alegatos escritos, introduzcan las pretensiones que correspondan y ofrezcan las pruebas pertinentes para la determinación de la sanción y de la reparación civil;*
 - c) *Resuelta la admisión de los medios de prueba, se emitirá el auto de citación a juicio señalando día y hora para la audiencia. En ella se examinará al imputado y, de ser el caso, se actuarán las pruebas ofrecidas y admitidas para la determinación de la pena y la reparación civil. Previos alegatos orales del Fiscal, del Procurador Público y del abogado defensor, y concesión del uso de la palabra al acusado, se emitirá sentencia;*
 - d) *Contra la cual procede recurso de apelación, que conocerá la Sala Penal Superior.*

3. *Cuando la revocatoria se refiere a la disminución de la pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral 1) del presente artículo se seguirá el siguiente trámite, sin perjuicio de la aplicación de las reglas comunes en tanto no lo contradigan:*
 - a) *Se remitirán los actuados al Fiscal Provincial para que formule la pretensión de condena correspondiente, según la forma y circunstancias de comisión del delito y el grado de responsabilidad del imputado;*
 - b) *El Juez Penal inmediatamente celebrará una audiencia pública con asistencia de las partes, previo traslado a la defensa del requerimiento fiscal a fin de que en el plazo de cinco días formule sus alegatos escritos, introduzca de ser el caso las pretensiones que correspondan y ofrezca las pruebas pertinentes. Resuelta la admisión de los medios de prueba, se llevará a cabo la audiencia, donde se examinará al imputado y, de ser el caso, se actuarán las pruebas admitidas. La sentencia se dictará previo alegato oral del Fiscal y de la defensa, así como de la concesión del uso de la palabra al acusado;*
 - c) *Contra la sentencia procede recurso de apelación, que será de conocimiento de la Sala Penal Superior.*
4. *Cuando la revocatoria se refiere a la remisión de la pena, una vez que queda firme la resolución indicada en el numeral 1) del presente artículo, el Juez Penal en la misma resolución que dispone la revocatoria ordenará que el imputado cumpla el extremo de la pena remitida.*
5. *Cuando la revocatoria se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena, liberación condicional, detención domiciliaria o comparecencia se regirá en lo pertinente por las normas penales, procesales o de ejecución penal.*

Artículo 481. Mérito de la información y de lo obtenido cuando se rechaza el Acuerdo

1. *Si el acuerdo de colaboración y beneficios es denegado por el Fiscal o desaprobado por el Juez, las diversas declaraciones formuladas por el colaborador se tendrán como inexistentes y no podrán ser utilizadas en su contra.*
2. *En ese mismo supuesto las declaraciones prestadas por otras personas durante la etapa de corroboración así como la prueba documental, los informes o dictámenes periciales y las diligencias objetivas e irreproducibles, mantendrán su validez y podrán ser valoradas en otros procesos conforme a su propio mérito y a lo dispuesto en el artículo 158. Rige, en todo caso, lo establecido en el artículo 159.*



SECCIÓN VII
EL PROCESO POR FALTAS

Artículo 482. Competencia

1. *Los Jueces de Paz Letrados conocerán de los procesos por faltas.^(*)*

() Inciso derogado por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 29824, publicada el 03-01-2012, la misma que entró en vigencia a los tres (3) meses de su publicación en el diario oficial "El Peruano".*

2. *Excepcionalmente, en los lugares donde no exista Juez de Paz Letrado, conocerán de este proceso los Jueces de Paz. Las respectivas Cortes Superiores fijarán anualmente los Juzgados de Paz que pueden conocer de los procesos por faltas.*
3. *El recurso de apelación contra las sentencias es de conocimiento del Juez Penal.*

Artículo 483. Iniciación

1. *La persona ofendida por una falta puede denunciar su comisión ante la Policía o dirigirse directamente al Juez comunicando el hecho, constituyéndose en querellante particular.*
2. *En este último supuesto, si el Juez considera que el hecho constituye falta y la acción penal no ha prescrito, siempre que estime indispensable una indagación previa al enjuiciamiento, remitirá la denuncia y sus recaudos a la Policía para que realice las investigaciones correspondientes.*
3. *Recibido el Informe Policial, el Juez dictará el auto de citación a juicio siempre que los hechos constituyan falta, la acción penal no ha prescrito y existan fundamentos razonables de su perpetración y de la vinculación del imputado en su comisión. En caso contrario dictará auto archivando las actuaciones. Contra esta resolución procede recurso de apelación ante el Juez Penal.*
4. *El auto de citación a juicio puede acordar la celebración inmediata de la audiencia, apenas recibido el Informe Policial, siempre que estén presentes el imputado y el agraviado, así como si lo están los demás órganos de prueba pertinentes a la causa o, por el contrario, no ha de resultar imprescindible su convocatoria. También podrá celebrarse inmediatamente el juicio si el imputado ha reconocido haber cometido la falta que se le atribuye.*
5. *De no ser posible la celebración inmediata de la audiencia, en el auto se fijará la fecha más próxima de instalación del juicio, convocándose al imputado, al agraviado y a los testigos que corresponda.*



Artículo 484. Audiencia

1. *La audiencia se instalará con la presencia del imputado y su defensor, y de ser el caso, con la concurrencia del querellante y su defensor. Si el imputado no tiene abogado se le nombrará uno de oficio, salvo que en el lugar del juicio no existan abogados o éstos resulten manifiestamente insuficientes. Las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 5) del artículo anterior, podrán asistir acompañados de los medios probatorios que pretendan hacer valer.*
2. *Acto seguido el Juez efectuará una breve relación de los cargos que aparecen del Informe Policial o de la querrela. Cuando se encontrare presente el agraviado, el Juez instará una posible conciliación y la celebración de un acuerdo de reparación de ser el caso. Si se produce, se homologará la conciliación o el acuerdo, dando por concluida las actuaciones.*
3. *De no ser posible una conciliación o la celebración de un acuerdo, se preguntará al imputado si admite su culpabilidad. Si lo hace, y no fueran necesarios otros actos de prueba, el Juez dará por concluido el debate y dictará inmediatamente la sentencia correspondiente. La sentencia puede pronunciarse verbalmente y su protocolización por escrito se realizará en el plazo de dos días.*
4. *Si el imputado no admite los cargos, de inmediato se le interrogará, luego se hará lo propio con la persona ofendida si está presente y, seguidamente, se recibirán las pruebas admitidas y las que han presentado las partes, siguiendo las reglas ordinarias, adecuadas a la brevedad y simpleza del proceso por faltas.*
5. *La audiencia constará de una sola sesión. Sólo podrá suspenderse por un plazo no mayor de tres días, de oficio o a pedido de parte, cuando resulte imprescindible la actuación de algún medio probatorio. Transcurrido el plazo, el juicio deberá proseguir conforme a las reglas generales, aun a falta del testigo o perito requerido.*
6. *Escuchados los alegatos orales, el Juez dictará sentencia en ese acto o dentro del tercer día de su culminación sin más dilación. Rige lo dispuesto en el numeral 3 del presente artículo.*

Artículo 485. Medidas de coerción

1. *El Juez sólo podrá dictar mandato de comparecencia sin restricciones contra el imputado.*
2. *Cuando el imputado no se presente voluntariamente a la audiencia, podrá hacersele comparecer por medio de la fuerza pública, y si fuera necesario se ordenará la prisión preventiva hasta que se realice y culmine la audiencia, la cual se celebrará inmediatamente.*



Artículo 486. Recurso de apelación

1. *Contra la sentencia procede recurso de apelación. Los autos serán elevados en el día al Juez Penal.*
2. *Recibida la apelación, el Juez Penal resolverá en el plazo improrrogable de diez días, por el solo mérito de lo actuado, si es que el recurrente no exprese la necesidad de una concreta actuación probatoria, en cuyo caso se procederá conforme a las reglas comunes, en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza. Los Abogados Defensores presentarán por escrito los alegatos que estimen, sin perjuicio del informe oral que puedan realizar en la vista de la causa, la que se designará dentro de los veinte días de recibos los autos.*
3. *Contra la sentencia del Juez Penal no procede recurso alguno. Su ejecución corresponderá al Juez que dictó la sentencia de primera instancia.*

Artículo 487. Desistimiento o transacción

En cualquier estado de la causa, el agraviado o querellante puede desistirse o transigir, con lo que se dará por fenecido el proceso.

**LIBRO SEXTO
LA EJECUCIÓN Y LAS COSTAS**

**SECCIÓN I
LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA**

Artículo 488. Derechos

1. *El condenado, el tercero civil y las personas jurídicas afectadas podrán ejercer, durante la ejecución de la sentencia condenatoria, los derechos y las facultades que este Código y las Leyes le otorgan.*
2. *El condenado y las demás partes legitimadas están facultadas a plantear ante el Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos y observaciones que legalmente correspondan respecto de la ejecución de la sanción penal, de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias impuestas en la sentencia.*
3. *Sin perjuicio de lo establecido en los numerales anteriores, corresponde al Ministerio Público el control de la ejecución de las sanciones penales en general, instando las medidas de supervisión y control que correspondan, y formulando al Juez de la Investigación Preparatoria los requerimientos que fueren necesarios para la correcta aplicación de la Ley.*

Artículo 489. Ejecución Penal

1. *La ejecución de las sentencias condenatorias firmes, salvo lo dispuesto por el Código de Ejecución Penal respecto de los beneficios penitenciarios, serán de competencia del Juez de la Investigación Preparatoria.*
2. *El Juez de la Investigación Preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones establecidas en el numeral anterior. Hará las comunicaciones dispuestas por la Ley y practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.*

Artículo 490. Cómputo de la pena privativa de libertad

1. *Si el condenado se halla en libertad y la sentencia impone pena privativa de libertad efectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria dispondrá lo necesario para su captura.*
2. *Producida la captura, el Juez de la Investigación Preparatoria, una vez que esté plenamente acreditada la identidad del condenado, realizará el cómputo de la pena, descontando de ser el caso el tiempo de detención, de prisión preventiva y de detención domiciliaria que hubiera cumplido, así como de la privación de libertad sufrida en el extranjero como consecuencia del procedimiento de extradición instaurado para someterlo a proceso en el país.*

3. *El cómputo será siempre reformable, aun de oficio, si se comprueba un error o cuando nuevas circunstancias lo tornen necesario.*
4. *La fijación del cómputo de la pena se comunicará inmediatamente al Juzgado que impuso la sanción y al Instituto Nacional Penitenciario.*

Artículo 491. Incidentes de modificación de la sentencia

1. *El Ministerio Público, el condenado y su defensor, según corresponda, podrán plantear, ante el Juez de la Investigación Preparatoria incidentes relativos a la conversión y revocación de la conversión de penas, a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y a la extinción o vencimiento de la pena.*
2. *Los incidentes deberán ser resueltos dentro del término de cinco días, previa audiencia a las demás partes. Si fuera necesario incorporar elementos de prueba, el Juez de la Investigación Preparatoria, aun de oficio, y con carácter previo a la realización de la audiencia o suspendiendo ésta, ordenará una investigación sumaria por breve tiempo que determinará razonablemente, después de la cual decidirá. La Policía realizará dichas diligencias, bajo la conducción del Fiscal.*
3. *Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral, citando a los órganos de prueba que deben informar durante el debate.*
4. *Corresponde al Juez Penal Unipersonal el conocimiento de los incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal. La decisión requiere de una audiencia con asistencia de las partes.*
5. *Asimismo, las solicitudes sobre refundición o acumulación de penas son de competencia del Juzgado Penal Colegiado. Serán resueltas previa realización de una audiencia con la concurrencia del Fiscal, del condenado y su defensor.*
6. *En todos los casos, el conocimiento del recurso de apelación corresponde a la Sala Penal Superior.*

Artículo 492. Medidas de seguridad privativas de la libertad

1. *Las reglas establecidas en esta sección regirán para las medidas de seguridad privativas de la libertad en lo que sean aplicables.*
2. *El Juez Penal examinará, periódicamente, la situación de quien sufre una medida de internación. Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, y decidirá previa audiencia teniendo a la vista el informe médico del establecimiento y del perito. La decisión ver-*



ará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento.

3. *Cuando el Juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación.*

Artículo 493. Ejecución Civil y de las demás consecuencias accesorias

1. *La reparación civil se hará efectiva conforme a las previsiones del Código Procesal Civil, con intervención del Fiscal Provincial y del actor civil.*
2. *Para la ejecución forzosa del pago de la multa y de la venta o adjudicación del bien objeto de comiso se aplicará, en lo pertinente, las normas del Código Procesal Civil.*
3. *Los incidentes que se plantean durante la ejecución de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias serán resueltos en el plazo de tres días, previa audiencia que se realizará con las partes que asistan al acto. Contra la resolución que resuelve el incidente procede recurso de apelación.*

Artículo 494. Incautación y Comiso

1. *Cuando en la sentencia se ordene el comiso de algún bien, el Juez de la Investigación Preparatoria, de no estar asegurado judicialmente, dispondrá su aprehensión. A los bienes materia de comiso se le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas de la materia.*
2. *Los bienes incautados no sujetos a comiso, serán devueltos a quien se le incautaron, inmediatamente después de la firmeza de la sentencia. Si hubieran sido entregados en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva.*
3. *Los bienes incautados de propiedad del condenado que no fueron objeto de comiso, podrán ser inmediatamente embargados para hacer efectivo el cobro de las costas del proceso y de la responsabilidad pecuniaria y civil declarada en la sentencia.*

Artículo 495. Sentencia declarativa de falsedad instrumental

1. *Cuando una sentencia declare falso un instrumento público, corresponderá al Juez de la Investigación Preparatoria ordenar que el acto sea reconstruido, suprimido o reformado. Si es del caso, ordenará las rectificaciones registrales que correspondan.*
2. *Si el documento ha sido extraído de un archivo, será restituido a él, con nota marginal en cada página, y se agregará copia de la sentencia que hubiera establecido la falsedad total o parcial.*
3. *Si se trata de un documento protocolizado, la declaración hecha en la sentencia se anotará al margen de la matriz, en los testimonios que se hayan presentado y en el registro respectivo.*

Artículo 496. Otras competencias

1. *Si en sede de ejecución un tercero alega propiedad sobre bienes decomisados o, en su caso, embargados definitivamente, el Juez de la Investigación Preparatoria remitirá la decisión al Juez Especializado en lo Civil competente por el lugar, manteniendo mientras tanto la retención del bien.*
2. *En estos procesos intervendrá como parte el Fiscal Provincial en lo Civil.*

**SECCIÓN II
LAS COSTAS**

Artículo 497. Regla general, excepción y recurso

1. *Toda decisión que ponga fin al proceso penal o la que resuelva un incidente de ejecución de conformidad con la Sección I de este Libro, establecerá quien debe soportar las costas del proceso.*
2. *El órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas.*
3. *Las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso.*
4. *La decisión sobre las costas sólo será recurrible autónomamente, siempre que fuere posible recurrir la resolución principal que la contiene y por la vía prevista para ella.*
5. *No procede la imposición de costas en los procesos por faltas, inmediatos, terminación anticipada y colaboración eficaz. Tampoco procede en los procesos por ejercicio privado de la acción penal si culmina por transacción o desistimiento.*

Artículo 498. Contenido

1. *Las costas están constituidas por:*
 - a) *Las tasas judiciales, en los procesos por delitos de acción privada, o cualquier otro tributo que corresponda por actuación judicial;*
 - b) *Los gastos judiciales realizados durante la tramitación de la causa;*
 - c) *Los honorarios de los abogados de la parte vencedora, y de los peritos oficiales, traductores e intérpretes, en caso no constituyan un órgano del sistema de justicia, así como de los peritos de parte. Estos conceptos serán objeto de una Tabla de montos máximos. Del monto fijado para los abogados según la Tabla respectiva, un cinco por ciento se destinará al Colegio de Abogados respectivo para su Fondo Mutual;*
2. *El órgano de gobierno del Poder Judicial expedirá el Reglamento de Costas en el proceso penal, que se actualizará periódicamente. En él*



se fijará la Tabla de los montos máximos por los conceptos señalados en el numeral anterior.

3. *El proceso abarca las actuaciones de la Investigación Preparatoria, así como la ejecución de penas, consecuencias accesorias y medidas de seguridad.*

Artículo 499. Personas e Instituciones exentas. Caso especial de imposición

1. *Están exentos del pago de costas los representantes del Ministerio Público, los miembros de las Procuradurías Públicas del Estado, y los abogados y apoderados o mandatarios de las partes, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades Públicas.*
2. *Se exonerará de la imposición de costas en el proceso penal a quien obtiene auxilio judicial, de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Civil. El auxilio judicial penal se entiende para estos solos efectos y, en lo pertinente, rigen las disposiciones del Título VII de la Sección Tercera del citado Código.*
3. *Cuando el denunciante hubiere provocado el procedimiento por medio de una denuncia falsa o temeraria, se le impondrá total o parcialmente el pago de costas.*

Artículo 500. Fijación de las costas al imputado

1. *Las costas serán impuestas al imputado cuando sea declarado culpable, incluso cuando se apliquen los artículos 62 y 68 del Código Penal. También se impondrán cuando se imponga una medida de seguridad.*
2. *Cuando en una sentencia se pronuncian absoluciones y condenas, se establecerá el porcentaje que asumen el respectivo imputado y el que corresponde a los demás condenados conforme al numeral anterior.*
3. *Cuando sean varios los condenados por el mismo delito, incluyendo los supuestos de los artículos 62 y 68 del Código Penal y la imposición de medidas de seguridad, responden solidariamente al pago de costas.*
4. *Cuando el imputado tenga solvencia económica, deberá pagar al Ministerio de Justicia los servicios del defensor de oficio que se le hubiere designado.*

CONCORDANCIAS: D.S. N° 007-2012-JUS (Aprueban arancel para la prestación del Servicio No Gratuito de Defensa Pública)

Artículo 501. Costas en casos de absolución

1. *Si el imputado es absuelto o no se le impone medida de seguridad, no se impondrá costas.*



2. *No obstante lo anterior, se impondrán costas:*
- a) *Al actor civil o, según el caso, al querellante particular, según el porcentaje que determine el órgano jurisdiccional, siempre y cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe;*
 - b) *Al propio imputado cuando hubiere provocado su propia persecución denunciándose falsamente a sí mismo o hubiere confesado falsamente el hecho. En este caso se determinará el porcentaje que debe pagar.*

Artículo 502. Costas en sobreseimientos y cuando exista un impedimento para la prosecución de la causa

1. *Rige lo dispuesto en el artículo anterior cuando se dicte el sobreseimiento de la causa.*
2. *Cuando la persecución penal no pueda proseguir al ampararse una cuestión previa o una cuestión prejudicial, pagará las costas el actor civil si hubiere instado la iniciación o la continuación del proceso.*

Artículo 503. Costas en proceso por acción privada y la acción civil

1. *En un proceso por acción privada, si se da el supuesto del artículo 136 del Código Penal, el imputado pagará las costas. En este proceso no habrá lugar al pago de costas si las partes transigen.*
2. *Si en la sentencia se declara la responsabilidad civil y se impone la reparación civil, el imputado y el tercero civil pagarán solidariamente las costas. Si no se impone la responsabilidad civil, pagará las costas el actor civil. Si la acción civil no puede proseguir, cada parte soportará sus propias costas.*
3. *El abandono de la instancia determina la condena en costas del querellante particular.*

Artículo 504. Incidentes de ejecución y recursos

1. *Las costas serán pagadas por quien promovió un incidente de ejecución que le resultó desfavorable. Si la decisión en el incidente le es favorable, las costas se impondrán a quien se opuso a su pretensión, en la proporción que fije el órgano jurisdiccional. Si nadie se opuso al requerimiento del que promovió el incidente y obtuvo decisión favorable, no se impondrán costas.*
2. *Las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito o se desistió de su prosecución. Si gana el recurso, las costas se impondrán a quien se opuso a su pretensión impugnatoria, en la proporción que fije el órgano jurisdiccional. Si no medió oposición al recurso que ganó el recurrente, no se impondrán costas.*

Artículo 505. Resolución sobre las costas

1. *La condena en costas se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda instancia revoca la de primera instancia, la parte*



vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte Suprema en el recurso de casación.

- 2. Cuando corresponde distribuir el pago de costas entre varios, el órgano judicial fijará con precisión el porcentaje que debe sufragar cada uno de los responsables, sin perjuicio de la solidaridad.*
- 3. Para fijar los porcentajes se atenderá especialmente a los gastos que cada uno de ellos hubiere provocado, a su conducta procesal, y al resultado del proceso o incidente en proporción a su participación procesal y a las razones para litigar.*

Artículo 506. Liquidación y Ejecución

- 1. Las costas serán liquidadas por el Secretario del órgano jurisdiccional, después de quedar firme la resolución que las imponga o la que ordena se cumpla lo ejecutoriado.*
- 2. La liquidación atenderá todos los rubros citados en el artículo 498, debiéndose incorporar sólo los gastos comprobados y correspondientes a actuaciones legalmente autorizadas.*
- 3. Las partes tendrán tres días para observar la liquidación. Transcurrido el plazo sin que haya observación, la liquidación será aprobada por resolución inimpugnable.*
- 4. Interpuesta la observación, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución, se conferirá traslado a la otra parte por tres días. Con su absolución o sin ella, el Juez de la Investigación Preparatoria resolverá. La resolución es apelable sin efecto suspensivo. La Sala Penal Superior absolverá el grado, sin otro trámite que la vista de la causa, en la que los abogados de las partes podrán asistir para hacer uso de la palabra.*
- 5. Las costas deben pagarse inmediatamente después de ejecutoriada la resolución que las aprueba. En caso de mora devengan intereses legales. El Juez de la Investigación Preparatoria exigirá el pago de las costas. Las resoluciones que expida son inimpugnables.*
- 6. Las costas se hacen efectivas por el Juez de la Investigación Preparatoria a través del procedimiento establecido en el artículo 716 del Código Procesal Civil.*

Artículo 507. Anticipo de gastos

- 1. Cuando sea necesario efectuar un gasto, el órgano jurisdiccional respectivo lo estimará, y quien ofreció la medida lo anticipará, consignando la suma necesaria para llevar a cabo la diligencia.*
- 2. Si está en imposibilidad de sufragar el anticipo del gasto, siempre que sea posible y la medida imprescindible, lo hará el Estado con cargo a su devolución cuando corresponda.*

LIBRO SÉPTIMO
LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

SECCIÓN I
PRECEPTOS GENERALES

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

Artículo 508. Normatividad aplicable

1. *Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los Tratados Internacionales celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos.*
2. *Si existiere tratado, sus normas regirán el trámite de cooperación judicial internacional. Sin perjuicio de ello, las normas de derecho interno, y en especial este Código, servirán para interpretarlas y se aplicarán en todo lo que no disponga en especial el Tratado.*

Artículo 509. Documentación

1. *Los requerimientos que presenta la autoridad extranjera y demás documentos que envíen, deben ser acompañados de una traducción al castellano.*
2. *Si la documentación es remitida por intermedio de la autoridad central del país requirente o por vía diplomática, no necesita legalización.*
3. *La presentación en forma de los documentos presume la veracidad de su contenido y la validez de las actuaciones a que se refieran.*
4. *Corresponderá a la autoridad central, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, traducir las solicitudes y la demás documentación que envíen las autoridades peruanas a las extranjeras.*

Artículo 510. Competencia del país requirente y Ejecución del acto de cooperación

1. *Para determinar la competencia del país requirente en las solicitudes de Cooperación Judicial Internacional, salvo en materia de extradición, se estará a su propia legislación.*
2. *No será motivo para desestimar la solicitud de cooperación judicial internacional, salvo en materia de extradición, la circunstancia que el delito esté incurso en la jurisdicción nacional.*
3. *Si se requiere la práctica de algunas diligencias con arreglo a determinadas condiciones, su ejecución está condicionada a que no contraríe el ordenamiento jurídico nacional.*

Artículo 511. Actos de Cooperación Judicial Internacional

1. *Los actos de cooperación judicial internacional, sin perjuicio de lo que dispongan los Tratados, son los siguientes:*
 - a) *Extradición;*
 - b) *Notificación de resoluciones y sentencias, así como de testigos y peritos a fin de que presenten testimonio;*
 - c) *Recepción de testimonios y declaraciones de personas;*
 - d) *Exhibición y remisión de documentos judiciales o copia de ellos;*
 - e) *Remisión de documentos e informes;*
 - f) *Realización de indagaciones o de inspecciones;*
 - g) *Examen de objetos y lugares;*
 - h) *Práctica de bloqueos de cuentas, embargos, incautaciones o secuestro de bienes delictivos, inmovilización de activos, registros domiciliarios, allanamientos, control de comunicaciones, identificación o ubicación del producto de los bienes o los instrumentos de la comisión de un delito, y de las demás medidas limitativas de derechos;*
 - i) *Facilitar información y elementos de prueba;*
 - j) *Traslado temporal de detenidos sujetos a un proceso penal o de condenados, cuando su comparecencia como testigo sea necesaria, así como de personas que se encuentran en libertad;*
 - k) *Traslado de condenados;*
 - l) *Diligencias en el exterior; y,*
 - m) *Entrega vigilada de bienes delictivos.*
2. *La Cooperación Judicial Internacional también comprenderá los actos de asistencia establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y desarrollados en este Código.*

Artículo 512. Autoridad central

1. *La autoridad central en materia de Cooperación Judicial Internacional es la Fiscalía de la Nación. La autoridad extranjera se dirigirá a ella para instar los actos de Cooperación Judicial Internacional, y para coordinar y efectuar consultas en esta materia.*
2. *Corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores brindar el apoyo necesario a la Fiscalía de la Nación, como autoridad central en sus relaciones con los demás países y órganos internacionales, así como intervenir en la tramitación de las solicitudes de cooperación que formulen las autoridades nacionales. De igual manera, si así lo disponen los Tratados, recibir y poner a disposición de la Fiscalía de la Nación las solicitudes de Cooperación Judicial Internacional que presentan las autoridades extranjeras.*
3. *La Fiscalía de la Nación, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá celebrar con las autoridades centrales del*

extranjero actos dirigidos al intercambio de tecnología, experiencia, coordinación de la cooperación judicial, capacitación o cualquier otro acto que tenga similares propósitos.

CONCORDANCIAS: R. N° 124-2006-MP-FN (Crean la Unidad de Cooperación Judicial Internacional y Extradiciones)

SECCIÓN II
LA EXTRADICIÓN
TÍTULO I
CONDICIONES GENERALES

Artículo 513. Procedencia

1. *La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente.*
2. *Cuando la extradición, en ausencia de Tratado, se sustente en el principio de reciprocidad, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informarán al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado.*

Artículo 514. Autoridades que intervienen

1. *Corresponde decidir la extradición, pasiva o activa, al Gobierno mediante Resolución Suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de una Comisión Oficial presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

2. *La decisión del Gobierno requiere la necesaria intervención de la Sala Penal de la Corte Suprema, que emitirá una resolución consultiva, que la remitirá juntamente con las actuaciones formadas al efecto al Ministerio de Justicia, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.*

Artículo 515. Carácter de la resolución consultiva de la Corte Suprema

1. *Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema emita resolución consultiva negativa a la extradición, el Gobierno queda vinculado a esa decisión.*

2. *Si la resolución consultiva es favorable a la entrega o considera procedente solicitar la extradición a un país extranjero, el Gobierno puede decidir lo que considere conveniente.*

COMENTARIO:

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

ALBERTO HUAPAYA OLIVARES*

MARCO NORMATIVO:

- Constitución Política: artículo 37.
- Código Procesal Penal de 2004: artículos 508 y 513.

A raíz de una sentencia del Tribunal Constitucional –que no constituye precedente vinculante puesto que no se la ha dado esta categoría¹–, se abre una discusión sobre los alcances del principio de reciprocidad en materia extradicional. Frente a la mayoritaria concepción de la reciprocidad como fuente jurídica en ausencia de tratado, y por lo tanto en relación excluyente, se abre la posibilidad de aplicarla como cuestionamiento a las condiciones de reciprocidad pactadas en un tratado. La primera concepción señala que “la reciprocidad se encuentra garantizada por la norma constitucional, por consiguiente puede invocarse como un compromiso del Estado peruano reconocido por su Carta Fundamental”².

* Abogado. Ex miembro de la Comisión permanente encargada de examinar, preparar la posición peruana y conducir la negociación de tratados sobre Asuntos de Derecho Penal Internacional, referidos a cooperación judicial materia penal.

1 **Código Procesal Constitucional**
Título Preliminar

Artículo VII. Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

2 HUAPAYA OLIVARES, Alberto; GOÑI ÁVILA, Fanny; MORALES BENAVENTE, Lourdes y otros. *La extradición en el nuevo Código Procesal Penal. Estudio crítico*. Editorial Laymar, Lima, noviembre, 2005, p. 39.



I. TRATAMIENTO DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Política en su artículo 37 reconoce al principio de reciprocidad:

“Artículo 37. Extradición

La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad.

No se concede extradición si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza.

Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. No se consideran tales el genocidio ni el magnicidio ni el terrorismo”.

Ciertamente, la redacción da lugar a diversas interpretaciones sobre lo que significa el término “principio de reciprocidad”

Una de estas interpretaciones –la mayoritaria– es la de considerar el principio de reciprocidad como fuente jurídica. Si nos atenemos a esta orientación encontraremos defectuosa la redacción constitucional, ya que lo correcto hubiere sido señalar que “la extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, o según el principio de reciprocidad” incorporándola como fuente jurídica para concederlo.

Si revisamos el Diario de Debates vamos a encontrar que, a nivel del Congreso Constituyente Democrático³, la redacción original fue:

“Artículo 8. La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento con lo establecido en la ley y tratados, y atendiendo al principio de reciprocidad.

Quedan excluidos de la extradición los perseguidos por delitos políticos o los hechos conexos con ellos. No se pueden considerar como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio.

La extradición es rechazada si se considera que ha sido solicitada con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivo de raza, religión, nacionalidad u opinión”.

3 Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional - 1993. TOMO IV Diario de los Debates. Comisión de Constitución y de Reglamento. 60ª A Sesión (vespertina). Lunes 17 de Mayo de 1993, pág. 2564, Publicación Oficial, Lima - Perú.

En rigor, la fórmula inicial “y atendiendo al principio de reciprocidad” se acercaba más al concepto de reciprocidad como fuente jurídica.

¿Cuál era el tratamiento de las fuentes jurídicas de la extradición en la anterior Constitución y en las leyes?

Constitución Política del Perú de 1979

“Artículo 109. La extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo, previo informe de la Corte Suprema.

Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos o los hechos conexos con ellos. No se consideran como tales los actos de terrorismo, magnicidio y genocidio. La extradición es rechazada si existen elementos de juicio suficientes para considerar que se ha solicitado con el fin de perseguir o castigar a un individuo por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión”.

No hace referencia al Principio de Reciprocidad. Sin embargo, la norma estaba dentro del capítulo V “De Los Tratados”, por lo que Valle Riestra expresaba su preocupación por cuanto la reciprocidad podría ser inconstitucional “porque solamente puede prosperar en virtud de un tratado conforme al artículo 109 de la Constitución, ubicado dentro del capítulo V del título II, concerniente a los tratados”⁴, apreciación que mantiene en su nueva obra⁵.

Sin embargo, aun cuando estuviera dentro del capítulo “De los Tratados” que también incluía un artículo sobre asilo –que no depende de la existencia de un tratado bilateral sino de la voluntad de un Estado–, la institución ya tenía al principio de reciprocidad como fuente jurídica.

Haciendo un recuento histórico, como lo refiere César San Martín Castro, “la primera ley de extradición nacional, de 23 de octubre de 1888 (...) consagró el principio de reciprocidad en materia de extradición”⁶.

Igualmente, el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920⁷ admitía la aplicación de la reciprocidad: El título VI, artículos 339, 340 y 341 trataron el tema de la extradición. El artículo 339 disponía que:

4 VALLE Riestra, Javier. *La Extradición. Principios, legislación, jurisprudencia*. A.F.A. Editores importadores S.A., Lima, 1989, p. 28.

5 VALLE Riestra, Javier. *Tratado de la Extradición*. Volumen I. A.F.A. Editores Importadores. S.A. Lima, 2004, p. 20.

6 SAN MARTÍN CASTRO, César. “La Extradición y la Cooperación Judicial Internacional”. En: <http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per>.

7 HUAPAYA OLIVARES, Alberto. *La extradición. Aspectos teóricos, doctrinarios*. Gráfica Horizonte, octubre, 2000.



“Siempre que un Gobierno extranjero solicite la extradición de un delincuente, el Ministro de Relaciones Exteriores por conducto del Ministro de Justicia pasará la solicitud a la Corte Suprema para que una de sus Salas resuelva si conforme a las leyes nacionales, a los Tratados y a los principios de reciprocidad o cortesía, corresponde la extradición (...)”⁸.

El Código de Procedimientos Penales promulgado el 23 de noviembre de 1939, que sustituyó al Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920, incluyó también esta fuente jurídica:

“Artículo 345. El Poder Ejecutivo podrá entregar a los Gobiernos de los países extranjeros, con la condición de reciprocidad, a todo individuo acusado o condenado por los Juzgados o Tribunales de la Nación requiriente, siempre que se trate de un crimen o delito de los especificados en la ley de veintitrés de octubre de mil ochocientos ochentiocho, y que se hubiese cometido en su territorio o en aguas territoriales, buques mercantes en alta mar, y los de guerra, donde quiera que se encuentren”.

“Artículo 347. Siempre que un juez, o Tribunal tenga conocimiento que uno o varios de los acusados se hallan en país extranjero, si de la instrucción resulta suficientemente acreditada la culpabilidad del encausado, elevará copia de lo actuado a la Corte Suprema, para que esta resuelva si conforme a la ley, a los tratados o a los principios de reciprocidad o cortesía, corresponde reclamar la extradición”⁹.

Domingo García Rada, comentando las fuentes de la extradición, señalaba:

“Como fuentes de la extradición tenemos los tratados (...). En su defecto la reciprocidad”¹⁰.

“La reciprocidad. Es condición previa y nuestro Código la exige en el artículo 345. Consiste en que ningún Estado adquiere unilateralmente más obligaciones que los derechos que le son acordados por el otro país. Es el principio del derecho Romano: do ut des (doy para que des). Esto significa que para extraditar será necesario que el Estado requerido tenga el convencimiento que en caso análogo,

-
- 8 HUAPAYA OLIVARES, Alberto. “La extradición como instrumento en la lucha internacional contra el delito”. MINJUS. *Revista del Ministerio de Justicia del Perú*. N° 2. Lima, 1998, p. 110.
- 9 CATAORA GONZÁLES, Manuel S. *Código de Procedimientos Penales*. 5ª edición. Febrero de 1986, p. 390.
- 10 GARCÍA RADA, Domingo. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 7ª edición. Tipografía Sesar, Lima, 1982, p. 377.

funcionará la reciprocidad. La seguridad entraña igualdad de tratamiento en los casos de solicitar a un delincuente”.

Señala García Rada que “los tratados implican correspondencia de tratamiento. No habiéndolo, los países exigen la reciprocidad como fundamento para acceder a la extradición”¹¹.

La Ley N° 24710 del 26 de junio de 1987, derogó la Ley de Extradición de 1888 y los artículos 345, 346, 347 y 348 del Código de Procedimientos Penales.

Esta Ley, que aun no ha sido derogada expresamente, a pesar de estarlo tácitamente, decía:

“Artículo 3. Se reconoce excepcionalmente la extradición por reciprocidad dentro de un marco de respeto a los derechos humanos y con las limitaciones de los artículos 6 y 7”.

El 1 de febrero de 2006 entró en vigencia el Libro Séptimo del Código Procesal Penal y se continúa con este reconocimiento:

“Artículo 513. Procedencia

- 1. La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe que se encuentra en otro Estado, puede ser extraditada a fin de ser juzgada o de cumplir la sanción penal que le haya sido impuesta como acusada presente.*
- 2. Cuando la extradición, en ausencia de tratado, se sustente en el principio de reciprocidad, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informarán al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado”.*

Es decir, nuestra norma penal procesal establece al principio de reciprocidad como “fuente jurídica”.

La calidad de fuente jurídica se refuerza aun más con la declaración expresa del artículo 508 que establece:

“Artículo 508. Normatividad aplicable

- 1. Las relaciones de las autoridades peruanas con las extranjeras y con la Corte Penal Internacional en materia de cooperación judicial internacional se rigen por los Tratados Internacionales*

11 Ídem.



celebrados por el Perú y, en su defecto, por el principio de reciprocidad en un marco de respeto de los derechos humanos.

2. *Si existiere tratado, sus normas regirán el trámite de cooperación judicial internacional. Sin perjuicio de ello, las normas de derecho interno, y en especial este Código, servirán para interpretarlas y se aplicarán en todo lo que no disponga en especial el tratado”.*

En conclusión, como premisa inicial, podemos mencionar que para nuestro ordenamiento jurídico el principio de reciprocidad es fuente jurídica para habilitar una solicitud de extradición en ausencia de tratado.

II. EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Hemos visto la reciprocidad como fuente jurídica y ese es el enfoque al que nos ha acostumbrado la jurisprudencia.

Pero el concepto no se agota allí. Como lo menciona Carlos Alberto Lascano, la reciprocidad “puede ser de hecho, legislativa o diplomática, según se base en la práctica de las naciones, en las leyes o en los tratados¹².

Es decir, la reciprocidad puede tener su origen en fuentes diversas y de acuerdo a ello se reconoce “clases de reciprocidad”.

No hay un solo concepto de reciprocidad. Cada clase de reciprocidad tiene sus propias características: La reciprocidad diplomática es la prevista en un acuerdo, tratado o convenio. La reciprocidad legislativa es la que subordina ciertos derechos a la existencia de una norma que otorgue en trato similar por lo que está consagrada en una norma del ordenamiento jurídico de un Estado y la reciprocidad jurisprudencial que es “aquella por la que se concede a los extranjeros el mismo trato que a los nacionales”¹³.

Nuestra legislación reconoce estos tipos de reciprocidad: Por ejemplo, en el artículo 2102 del Código Civil se hace referencia al principio de reciprocidad y se norma la reciprocidad diplomática (primer párrafo que dice: “Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos”), así como la reciprocidad de hecho, tanto en su sentido positivo (segundo párrafo del artículo 2102: “Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene esta la

12 LASCANO, Carlos Alberto. *Derecho Internacional Privado*. Editora Platense, La Plata, 1965, p. 78.

13 Sentencia C-893/09. Expediente D-7703. Demanda de inconstitucionalidad: contra el artículo 39 de la Ley 962 de 2005. Demandante: Felipe Villegas Múnera. En: <<http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-893-09.html>>.



misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos”) como negativo (Artículo 2103. Reciprocidad negativa. Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, no tiene fuerza alguna en la República).

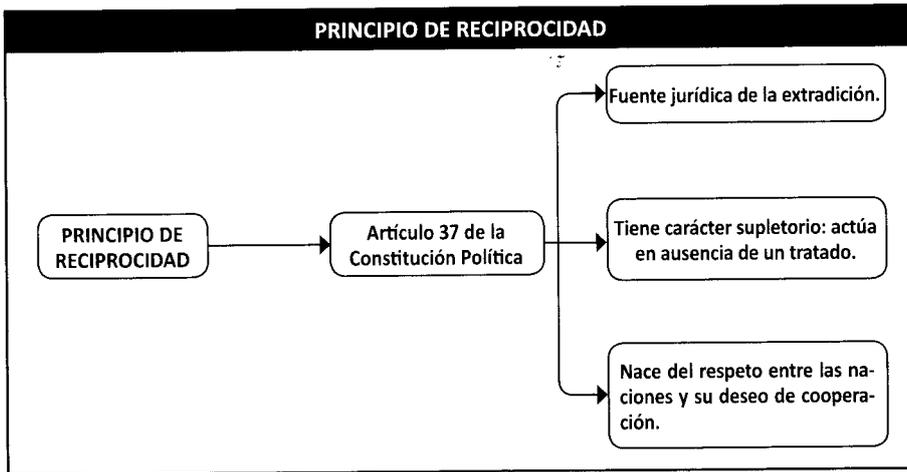
Igual sucede en materia penal:

- a) La reciprocidad puede ser legislativa y en este caso el principio de reciprocidad es fuente jurídica (El Estado peruano concede de antemano un compromiso de cooperación para la entrega de una persona en ausencia de tratado de extradición)
- b) También puede ser diplomática, como es la reciprocidad de trato que se pactan en los tratados de extradición.
- c) La reciprocidad de hecho es a su vez la que se va formando en las decisiones tanto jurisdiccionales como de decisión política y son los antecedentes de tratamiento que se haya dado a un pedido de extradición y que está contenido en el segundo párrafo del artículo 513:

“Artículo 513. Procedencia

(...)

- 2. *Cuando la extradición, en ausencia de Tratado, se sustente en el principio de reciprocidad, la Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores informarán al Poder Judicial los casos en que tal principio ha sido invocado por el Perú y en los que ha sido aceptado por el país extranjero involucrado en el procedimiento de extradición, así como los casos en que el país extranjero ha hecho lo propio y el Perú le hubiere dado curso y aceptado”.*



III. LA RECIPROCIDAD LEGISLATIVA: EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD COMO FUENTE JURÍDICA

1. Tratamiento del principio de reciprocidad por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional

La Corte Suprema de Justicia ha resuelto en el siguiente sentido:

“Quinto: Que ahora bien, la extradición en cuanto institución jurídica, se sujeta a lo que disponen los tratados y la ley interna, y en defecto de este al principio de reciprocidad conforme lo prescriben los preceptos procesales (...)”¹⁴.

En otro pedido de extradición ha señalado:

“Quinto: Que de otro lado, en cuanto respecta al delito de terrorismo, la extradición se sujeta a lo que disponen los Tratados y las leyes internas de cada país, así como al principio de reciprocidad, con el fin de ampliar la cooperación judicial entre los países”¹⁵.

Una lectura de las resoluciones consultivas recaídas sobre pedidos de extradición, ya sea activa como pasiva, nos informa que la posición de la Corte Suprema de Justicia ha sido unánime en considerar al principio de reciprocidad como fuente jurídica que opera en ausencia de tratado.

El Tribunal Constitucional lo ha reconocido también como “fuente jurídica” para solicitar una extradición:

“§6. El principio de reciprocidad en los procesos de extradición

24. Dicha pauta basilar es un elemento de justicia conmutativa que equipara las prestaciones en materia judicial de los Estados en las relaciones internacionales.

El principio de reciprocidad –que, en el caso de autos, ha sido invocado en el procedimiento de extradición del beneficiario–, es considerado como fuente supletoria a falta de un tratado o convenio internacional y en caso sea procedente la solicitud de extradición, ofreciéndose reciprocidad entre los Estados para casos análogos, con el sometimiento a los principios y a las prácticas del Derecho Internacional y según las condiciones de la entrega.

Este principio consagra la más amplia cooperación para el cumplimiento de la justicia; y se aplica fundamentalmente en los casos de delitos de lesa humanidad como narcotráfico y terrorismo.

14 Sala Penal Permanente. Extradición Pasiva N° 76-2009. Lima.

15 Segunda Sala Penal Transitoria. Extradición N° 05-2008. Lima.



25. *Francisco Fernández Segado [El sistema constitucional español. Madrid: Dykinson, 1982] mantiene que es admisible la entrega de una persona a un Estado requiriente cuando este, al encontrarse en análoga posición, anteladamente manifiesta su posición de asumir similar actitud de facilitar la entrega.*

26. *Alberto Huapaya Olivares [La extradición. Lima: Gráfica Horizonte. 2000, p. 48], citando la exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal de España, precisa que: "El principio de reciprocidad, expresión del principio de igualdad soberana de los Estados, es una fuente de cooperación internacional, pero no puede ejercerse sino con referencia a un marco normativo que la posibilite y acondicione".*

27. *A su vez, César San Martín Castro [Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Grijley. Oct. 2003, T. 2, p. 1450] señala que el citado principio exige lo siguiente:*

- a) *Indagar si en los archivos hay expedientes de extradición en una u otra dirección con los países que lo soliciten o a los que se solicita la extradición; y,*
- b) *Constar si en la documentación remitida por el país requiriente se hace la solicitud en condiciones de reciprocidad y se reitera su disposición a prestar una ayuda jurídica análoga a las autoridades nacionales.*

Agrega que dicho principio también puede entenderse como la actitud que debe adoptar el gobierno de exigir que el Estado requiriente mantenga en general una actitud de cooperación en materia de extradición o, en su caso, que suela conceder la extradición en supuestos similares, pero sin buscar una estricta correspondencia caso por caso¹⁶.

Esta jurisprudencia se mantiene en otras decisiones del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el Expediente N° 05175-2007-PHC/TC, del 14 de enero de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió:

"2. Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en anterior oportunidad, la extradición debe ser entendida como un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común, por el Estado requiriente o solicitante, en virtud de un

16 Exp. N° 3966-2004-HC/TC. Lima. Caso Enrique José Benavides Morales.



tratado, o a falta de este, por aplicación del principio de reciprocidad, para que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente y se le enjuicie penalmente, o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, si se hubiera producido previamente el proceso penal correspondiente (Cfr. Exp. N° 3966-2004-HC/TC, Enrique José Benavides Morales)”.

Igual tendencia se mantiene en otras causas generadas por pedidos de extradición.

En la causa N° 02591-2007-PHC/TC mediante sentencia del 17 de octubre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional precisó:

“3. El tratamiento constitucional de la extradición está previsto en el artículo 37 de la Constitución Política del Perú de 1993. Allí se establecen ciertos lineamientos generales respecto de dicha institución, a saber:

- a) La extradición en el Perú se configura bajo un sistema mixto, en el que intervienen el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia.*
- b) La extradición se ampara en los tratados internacionales y en las normas de ámbito nacional respecto de aquello no previsto en los tratados. Adicionalmente, es aplicable subsidiariamente el principio de reciprocidad, a falta de tratado”.*
- c) La extradición no se concederá cuando persiga o castigue por motivos de religión, nacionalidad, opinión o raza, ni tampoco por la comisión de delitos políticos conexos con ellos (lo que excluye el genocidio, el magnicidio y el terrorismo)”.*

En conclusión, la tendencia del Tribunal Constitucional ha sido la de considerar al principio de reciprocidad como fuente jurídica para la extradición.

2. Tratamiento del principio de reciprocidad por el Poder Ejecutivo

Al momento de fundamentar su pedido de extradición en ausencia de tratado, el Poder Ejecutivo ha precisado que:

“Que a falta de tratado vigente puede concederse la extradición en base al principio de reciprocidad”¹⁷.

En otras Resoluciones Supremas ha dejado precisado que el principio de reciprocidad es aplicable cuando existiendo un tratado de extradición, negociado y suscrito, este no se encuentra vigente:

17 Resolución Suprema N° 161-2000-JUS, Resolución Suprema N° 162-2000-JUS.



“Que el tratado de extradición suscrito entre la República del Perú y la República Italiana, no se encuentra vigente, por lo que es conveniente invocar el principio de reciprocidad, aplicable cuando un Estado desea obtener la entrega de quien se haya refugiado en otro con el que no tiene tratado de extradición;”

“Que de acuerdo al artículo 37 de la Constitución Política del Perú, la extradición solo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema, en cumplimiento de la ley y de los tratados, y según el principio de reciprocidad”¹⁸.

De idéntica manera, cuando no existe tratado ni siquiera en vías de perfeccionamiento:

“Que, teniendo en cuenta que entre el Perú y la República Portuguesa no existe tratado vigente sobre la materia, y atendiendo que el principio de reciprocidad es reconocido por el derecho internacional, es fundamental que el Perú asegure el respeto ante pedidos del mismo tipo efectuados por la República Portuguesa; (...)

Artículo 2. El Gobierno del Perú se compromete a respetar los pedidos de extradición formulados por la República Portuguesa, en base al principio de reciprocidad”¹⁹.

“Que, teniendo en cuenta que entre el Perú y Japón no existe un tratado sobre la materia, y atendiendo que el principio de reciprocidad es reconocido por el derecho internacional, es fundamental que el Perú asegure el respeto ante pedidos del mismo tipo efectuados por el Japón; (...)

Artículo 2. El Gobierno del Perú se compromete a respetar los pedidos de extradición formulados por el Japón, en base al principio de reciprocidad”²⁰.

“Que, teniendo en cuenta que entre el Perú y la República Federal de Alemania no existe Tratado vigente sobre la materia, y atendiendo que el principio de reciprocidad es reconocido por el derecho internacional, es fundamental que el Perú asegure el respeto ante pedidos del mismo tipo efectuados por la República Federal de Alemania; (...)

Artículo 2. El Gobierno del Perú se compromete a respetar los pedidos de extradición formulados por la República Federal de Alemania, en base al principio de reciprocidad”²¹.

18 Resolución Suprema N° 145-98-JUS.

19 Resolución Suprema N° 132-2005-JUS.

20 Resolución Suprema N° 130-2005-JUS.

21 Resolución Suprema N° 020-2004-JUS.



Como se puede apreciar, el tratamiento dado al principio de reciprocidad es la de considerarlo como fuente jurídica de la extradición. Esta es la reciprocidad legislativa que la jurisprudencia y el mismo Código Procesal Penal ha considerado como fuente jurídica supletoria de la extradición.

IV. LA RECIPROCIDAD DIPLOMÁTICA: LAS CONDICIONES DE IGUALDAD DE TRATO EN LOS TRATADOS

La Constitución, por defecto de redacción más que por concepción ideológica, no hace referencia a ningún tipo de reciprocidad por lo que válidamente es considerada como fuente jurídica (reciprocidad legislativa), pero también es recogida en los tratados, ya no como fuente —porque existiría incompatibilidad dado su carácter supletorio—, pero sí como condiciones de igualdad de trato o equidad que se incorporan en un tratado (reciprocidad diplomática).

Como lo señala la sentencia de la Corte Colombiana a la que se hace referencia: “Así, la reciprocidad, además de vertida en tratados internacionales, puede derivarse de la valoración del derecho interno de otro Estado a objeto de verificar un trato recíproco del otro Estado”²².

Por lo tanto, el principio de reciprocidad es fuente jurídica pero también se asocia con el concepto de equidad, cuando exige el trato similar entre las partes.

V. LAS CONDICIONES DE RECIPROCIDAD EN LOS TRATADOS

Volvamos a García Rada cuando en la cita glosada señalaba que el efecto de la reciprocidad consiste “en que ningún Estado adquiere unilateralmente más obligaciones que los derechos que le son acordados por el otro país”. y que por sobre todo que da la seguridad de “igualdad de tratamiento en los casos de solicitar a un delincuente”.

Las obligaciones recíprocas a nivel de los Tratados.

A efectos de ilustrar cómo en los tratados se aplica el principio de reciprocidad diplomática citaremos el texto de algunos de los tratados vigentes²³:

Tratado de extradición entre la República del Perú y la República Popular China:

22 Sentencia C-893/09. Expediente D-7703. Demanda de inconstitucionalidad: contra el artículo 39 de la Ley 962 de 2005. Demandante: Felipe Villegas Múnera. En: <<http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-893-09.html>>.

23 Los Tratados vigentes, así como su texto se pueden consultar en: <<http://ahuapayao.blogspot.com>>.



“Artículo 1.

Obligación de extraditar

Las Partes se obligan, de acuerdo con las disposiciones del presente tratado y a solicitud de la otra Parte, a extraditar recíprocamente a toda persona que se encuentre en su territorio y sea requerida por la otra Parte, con el propósito de procesarla penalmente o ejecutar una sentencia recaída sobre ella”.

Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República del Ecuador

“Artículo 1.

Obligación de extraditar

Los Estados Parte convienen en extraditar, de acuerdo con sus legislaciones internas, con las disposiciones del presente Tratado y en base al principio de reciprocidad cuando sea el caso, a aquellas personas que se hallen en el territorio del Estado requerido, que habiendo sido penalmente procesadas hayan merecido un mandamiento de detención en su contra, o una orden de prisión preventiva, o una condena o pena privativa de libertad, aunque no se hallen ejecutoriadas; dictadas por las autoridades judiciales competentes del Estado requirente, por la comisión de un delito que dé lugar a la extradición”.

Tratado de Extradición entre la República del Perú y los Estados Unidos de América

“Artículo 1

Obligación de extraditar

Los Estados Contratantes convienen en extraditar recíprocamente, de acuerdo con las disposiciones del presente tratado, a personas que estén procesadas o hayan sido declaradas culpables o condenadas por las autoridades del Estado requirente con motivo de la comisión de un delito que da lugar a la extradición”.

Convención de Extradición con Francia

“Artículo 1

El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa, se comprometen por la presente convención a entregarse recíprocamente a excepción de sus nacionales, los individuos refugiados del Perú en Francia y las colonias francesas, y de Francia y las colonias francesas en el Perú, que sean perseguidos o condenados como autores o cómplices por los tribunales competentes, por las infracciones enumeradas en el artículo segundo.



Si no es posible la extradición del individuo, por razón de su nacionalidad, el Gobierno del país donde se ha cometido el crimen deberá facilitar, comunicando los medios de prueba que estén a su disposición, el proceso que podrá intentarse en el país de procedencia.

La demanda de extradición deberá hacerse siempre por vía diplomática”.

Tratado de Extradición suscrito entre la República del Perú y el Reino de España

“Artículo 1

Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y condiciones establecidas en los artículos siguientes y de conformidad con las formalidades legales vigentes en el Estado requirente y el requerido, las personas a quienes las autoridades judiciales de una de las Partes persiguieren por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad, impuesta judicialmente, que consista en privación de la libertad”.

En razón a que los tratados son expresiones de voluntad de países soberanos en condiciones de igualdad, hay expresiones de reciprocidad como parámetros para su cooperación, pero no siempre se pacta la reciprocidad en forma expresa:

Por ejemplo, tenemos tratados donde no se pacta expresamente la reciprocidad:

Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República de Corea

“Artículo 1

Obligación de extraditar

Cada Parte acuerda extraditar a la otra, de conformidad con las disposiciones de este Tratado, a cualquier persona que sea buscada para ser procesada, enjuiciada o para la imposición o ejecución de una pena en el territorio de la parte requirente por un delito materia de extradición”.

Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Argentina

“Artículo 1

Obligación de extraditar

Los Estados Parte convienen en extraditar, de acuerdo con las disposiciones del presente tratado, a personas que han sido imputadas o procesadas o condenadas por las autoridades del Estado Requirente con motivo de la comisión de un delito que da lugar a la extradición”.

Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana

“Artículo 1

Obligación de extraditar

Cada Parte se obliga a entregar a la otra Parte, ajustándose a las normas y condiciones establecidas en el presente Tratado y de conformidad con las normas legales vigentes en el Estado requirente y en el Estado requerido, a las personas que son buscadas por las autoridades judiciales por haber cometido un delito o para la ejecución de una pena privativa de libertad”.

Otros tratados prefieren emplear la palabra “mutuamente” como sinónimo para la reciprocidad:

“Tratado de Extradición celebrado con la Gran Bretaña

Artículo I

Las altas partes contratantes convienen en entregarse mutuamente, con arreglo a las estipulaciones del presente tratado, todas aquellas personas que, acusadas o convictas en uno de los dos países, de uno a más delitos, especificados en el artículo siguiente, se encontraren en el territorio de la otra”.

En la reciprocidad diplomática ya hay una correspondencia mutua pactada, por lo que indica condiciones de trato, pero no fuente jurídica porque la fuente en este caso es el tratado.

Por lo tanto, acá la reciprocidad se inscribe en el concepto de relaciones de reciprocidad, asociándose al concepto de equidad.

La reciprocidad nos lleva en este caso a valorar el derecho interno de otro Estado a efectos de verificar si hay o habría en el futuro trato recíproco.

Dentro de este concepto de reciprocidad diplomática encontramos la Sentencia de fecha 19 de octubre de 2009, emitida por la Sala Segunda y recaída en el Exp. N° 04253-2009-PHC/TC:

“De otra parte, este Tribunal estima pertinente que para evaluar la constitucionalidad de la extradición del demandante también debe analizar si esta respeta el principio de reciprocidad. Así debe resaltarse que entre el Perú y el Brasil no opera el principio de reciprocidad reconocido en el artículo 37 de la Constitución, pues si bien entre ambos países existe un tratado de extradición, debe tenerse presente que la Constitución de Brasil en su artículo 5, inciso LI establece que “ningún brasileño será extraditado, salvo el naturalizado”,

es decir, que solo existe reciprocidad entre el Perú y el Brasil para extraditar extranjeros.

Teniendo presente ello, este Tribunal estima que la extradición del demandante debe ser denegada debido a que la Constitución del Brasil es contraria al principio de reciprocidad pues no permite que sus nacionales puedan ser extraditados al Perú para ser procesados penalmente.

En buena cuenta por no existir entre el Brasil y el Perú las mismas condiciones para la extradición de sus nacionales, el pedido de extradición del demandante debe ser denegado y el procedimiento terminado, razón por la cual el mandato de detención que se le impuso debe ser dejado sin efecto, sin perjuicio de las obligaciones penales a que hubiera lugar”.

Esta última jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aborda el principio de reciprocidad como una fuente jurídica (reciprocidad legislativa) sino como condición de equilibrio en el trato (reciprocidad diplomática).

¿Es correcta esta posición? Es solo cuestión de enfoque teórico. En teoría, un tratado está negociado sobre la base de igualdad de trato, sin embargo, pueden derivarse circunstancias que hagan suponer una desigualdad de trato.

Veamos el caso de Brasil:

Antiguo tratado con Brasil llamado “Tratado de Extradición de Criminales entre la República del Perú y la de los Estados Unidos del Brasil” permitía la extradición de los nacionales:

“Artículo I

Las dos Altas Partes Contratantes se obligan a entregarse recíprocamente los delincuentes de cualquiera nacionalidad, inclusive sus propios nacionales²⁴, refugiados en los respectivos territorios o en tránsito por estos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- 1. Que la República requirente tenga jurisdicción para conocer y juzgar la infracción que motiva el pedido.*
- 2. Que la República requirente presente documentos que, según sus leyes, prueben la prisión preventiva ordenada por Juez competente antes o después de la formación de culpa y el en-*

24 El nuevo tratado abandona la tesis de entrega de cualquier persona, incluyendo los nacionales, y establece la denegatoria facultativa para la extradición de nacionales si es que una disposición constitucional así lo establece.



- juiciamiento del reo; o documentos que acrediten la sentencia condenatoria pronunciada por tribunal competente.*
3. *Que el delito o la pena no están prescritos, con arreglo a la ley del país requeriente.*
 4. *Que por el mismo hecho el reo no haya sido antes condenado o cumplido la sentencia en alguno de los dos países; y*
 5. *Que el inculpado no tenga que responder en la República requirente ante algún Tribunal de excepción o en juicio de excepción”.*

El nuevo Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil dispone:

“Capítulo I

De la Obligación de extraditar

Artículo 1

Las Partes se obligan recíprocamente a la entrega, de acuerdo con las condiciones establecidas en el presente tratado, y de conformidad con las normas internas de cada una de ellas, de las personas involucradas en un proceso penal o que hayan sido condenados por las autoridades judiciales de una de las Partes y que se encuentren en el territorio de la otra, para la ejecución de una pena que consista en la privación de su libertad”.

Se varía el tratamiento a la extradición de nacionales y en su artículo 6 establece que no puede invocar la nacionalidad de una persona para denegación de la extradición, salvo si una disposición constitucional establece lo contrario. En este caso, la parte que no entrega promoverá su juzgamiento a pedido del Estado requirente.

El Perú no prohíbe la extradición de sus nacionales, pero Brasil sí tiene una prohibición constitucional, que le impide entregar a los suyos.

De acuerdo a esta redacción, en teoría, no habría equivalencia de trato, por que un país entregará a sus nacionales y el otro no lo podría hacer. Lo que hace la jurisprudencia es referirse a las condiciones de reciprocidad dentro de un tratado, pero sin cuestionar la calidad de fuente jurídica.

Este problema ha sido y es una preocupación constante para las negociaciones de los tratados y se orienta en su solución a considerar que el fin de la extradición es evitar la impunidad, razón por la que los resultados se consiguen ya sea mediante el juzgamiento, pero también por la aplicación del principio “aut dedere aut judicare”.

VI. EL EQUILIBRIO ENTRE LAS CONDICIONES DE RECIPROCIDAD Y LA NECESIDAD DE COMBATIR LA IMPUNIDAD

No debemos perder de vista que la búsqueda de “igualdad de tratamiento” no es a la vez pretexto para permitir la impunidad sino que debe emplearse otras fórmulas jurídicamente posibles como lo es el principio “aut dedere aut judicare” o la utilización del “Principio de Extraterritorialidad, Principio Real o de Defensa y Principio de Personalidad Activa y Pasiva” contenido en el artículo 2 del Código Penal y que permite la aplicación de la ley peruana a todo delito cometido en el extranjero bajo ciertas circunstancias²⁵.

VII. LA RECIPROCIDAD DE HECHO: LOS ANTECEDENTES, LAS CONDICIONES DE RECIPROCIDAD Y EL OFRECIMIENTO

Si bien la reciprocidad legislativa se orienta a considerar a la reciprocidad como fuente jurídica y la reciprocidad diplomática a las condiciones de trato equitativo, la reciprocidad de hecho se orienta más bien a la existencia de los antecedentes de cooperación, las condiciones de reciprocidad y el ofrecimiento de aplicarla cuando sea requerido.

Esta reciprocidad la encontramos en la jurisprudencia, tanto como la que invoca el principio como la que declara procedente el pedido basado en este.

El principio de reciprocidad, en este caso, debe estar sustentado con los antecedentes pertinentes, declarando que existen condiciones para una cooperación cuando le sea solicitada y ofreciendo la reciprocidad de manera indubitable.

VIII. NOTAS DISTINTIVAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Esbozado así el tratamiento del principio de reciprocidad en sus tres clases, podemos llegar a las siguientes notas distintivas²⁶:

-
- 25 Un ejemplo de esta aplicación es el caso del ciudadano peruano Ricardo Díaz Sánchez, capturado el pasado 6 de julio de este año en el distrito de Comas por efectivos de la PNP, por ser el responsable de haber asesinado, hace nueve años, al anciano Tadao Kimura (69 años) en la ciudad nipona de Ota y cuyo juzgamiento se realiza en el Perú, bajo las leyes peruanas.
- 26 Un estudio más extenso sobre este tema en: HUAPAYA OLIVARES, Alberto. *El nuevo régimen extradicional peruano. Teoría, legislación y jurisprudencia*. Instituto de Defensa y Desarrollo Social, Lima, Agosto, 2010.

En primer lugar, que el principio de reciprocidad es fuente jurídica de la extradición y de carácter supletorio. No es correcto mencionar que el principio de reciprocidad tiene carácter complementario, porque no lo tiene. Si hay tratado y no contempla el delito no es legal ampararnos en el principio de reciprocidad para el delito no contemplado en el tratado.

En segundo lugar, requiere condiciones de igualdad, por lo que debe existir previamente un orden jurídico que así lo permita. La reciprocidad exige condiciones de igualdad de tratamiento²⁷ en la cooperación, de manera que ambos Estados tengan la seguridad de que sus pedidos serán honrados con la misma diligencia con la cual cooperan. Estas condiciones de reciprocidad deben darse cuando se invoca el principio de reciprocidad como cuando se ampara en un tratado.

Concluyendo, el principio de reciprocidad es fuente jurídica de la extradición y tiene carácter supletorio: actúa en ausencia de tratado. Ese es el sentir de la jurisprudencia y no ha cambiado.

Sin embargo, el hecho que la reciprocidad sea una fuente jurídica no le quita su esencia que permanece también en todo tratado: las condiciones de reciprocidad que nacen del respeto entre las naciones, el deseo de cooperación y el reconocimiento de su soberanía.



27 HUAPAYA OLIVARES, Alberto; GARAY ABACETA, Irma y SOLÍS CANTO, Oscar. *Extradición. Teoría y Jurisprudencia*. Instituto de Desarrollo y Defensa Social, Lima, 2006, p. 79.

TÍTULO II LA EXTRADICIÓN PASIVA

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS, Artículo 2 y siguientes

Artículo 516. *Ámbito*

1. *La persona procesada, acusada o condenada como autor o partícipe de un delito cometido en un país extranjero y que se encuentre en territorio nacional, sea como residente, como turista o de paso, puede ser extraditada a fin de ser investigada o juzgada o para que cumpla la sanción impuesta como reo presente.*
2. *La concesión de la extradición está condicionada a la existencia de garantías de una recta impartición de justicia en el Estado requirente; y, si una extradición anteriormente intentada por el Estado requirente, ante un tercer Estado, hubiese sido rechazada por haberla considerado con implicancia política. La Fiscalía de la Nación y el Ministerio de Relaciones Exteriores podrán informar si el Estado requirente presenta algún cuestionamiento o existen antecedentes al respecto.*

Artículo 517. *Rechazo de la extradición*

1. *No procede la extradición si el hecho materia del proceso no constituye delito tanto en el Estado requirente como en el Perú, y si en ambas legislaciones no tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año. Si se requiere una extradición por varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos.*
2. *La extradición no tendrá lugar, igualmente:*
 - a) *Si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar el delito;*
 - b) *Si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado, amnistiado o sujeto a otro derecho de gracia equivalente;*
 - c) *Si hubiera transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, conforme a la Ley nacional o del Estado requirente, siempre que no sobrepase el término de la legislación peruana;*
 - d) *Si el extraditado hubiere de responder en el Estado requirente ante tribunal de excepción o el proceso al que se le va a someter no cumple las exigencias internacionales del debido proceso;*
 - e) *Si el delito fuere exclusivamente militar, contra la religión, político o conexo con él, de prensa, o de opinión. La circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones públicas, no justifica por sí sola que dicho delito sea calificado como*

político. Tampoco politiza el hecho de que el extraditado ejerciere funciones políticas. De igual manera están fuera de la consideración de delitos políticos, los actos de terrorismo, los delitos contra la humanidad y los delitos respecto de los cuales el Perú hubiera asumido una obligación convencional internacional de extraditar o enjuiciar;

- f) Si el delito es perseguible a instancia de parte y si se trata de una falta; y,*
- g) Si el delito fuere tributario, salvo que se cometa por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.*

3. Tampoco se dispondrá la extradición, cuando:

- a) La demanda de extradición motivada por una infracción de derecho común ha sido presentada con el fin de perseguir o de castigar a un individuo por consideraciones de raza, religión, nacionalidad o de opiniones políticas o que la situación del extraditado se exponga a agravarse por una u otra de estas razones;*
- b) Existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden público u otros intereses esenciales del Perú, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido;*
- c) El Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, así como el tiempo que el extraditado hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento.*
- d) El delito por el que se solicita la extradición tuviere pena de muerte en el Estado requirente y éste no diere seguridades de que no será aplicable.*

Artículo 518. Requisitos de la demanda de extradición

1. La demanda de extradición debe contener:

- a) Una descripción del hecho punible, con mención expresa de la fecha, lugar y circunstancias de su comisión y sobre la identificación de la víctima, así como la tipificación legal que corresponda al hecho punible;*
- b) Una explicación tanto del fundamento de la competencia del Estado requirente, cuanto de los motivos por los cuales no se ha extinguido la acción penal o la pena;*
- c) Copias autenticadas de las resoluciones judiciales que dispusieron el procesamiento y, en su caso, el enjuiciamiento del extraditado o la sentencia condenatoria firme dictada cuando el extraditado se encontraba presente, así como la que ordenó su detención y/o lo declaró reo ausente o contumaz. Asimismo, copias autenticadas de la resolución que ordenó el libramiento de la extradición;*

- d) *Texto de las normas penales y procesales aplicables al caso, según lo dispuesto en el literal anterior;*
- e) *Todos los datos conocidos que identifiquen al reclamado, tales como nombre y apellido, sobrenombres, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, señas particulares, fotografías e impresiones digitales, y la información que se tenga acerca de su domicilio o paradero en territorio nacional.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS, Artículo 11

- 2. *Cuando lo disponga el Tratado suscrito por el Perú con el Estado requirente o, en aplicación del principio de reciprocidad, la Ley interna de dicho Estado lo exija en su trámite de extradición pasiva, lo que expresamente debe consignar en la demanda de extradición, ésta debe contener la prueba necesaria que establezca indicios suficientes de la comisión del hecho delictuoso y de la participación del extraditado.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS, Artículo 11

- 3. *Si la demanda de extradición no estuviera debidamente instruida o completa, la autoridad central a instancia del órgano jurisdiccional y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores pedirá al Estado requirente corrija o complete la solicitud y la documentación.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

Artículo 519. Concurso de extradiciones

- 1. *Si varios Estados solicitan la extradición de la misma persona por el mismo delito, se decidirá la preferencia, según las siguientes circunstancias:*
 - a) *La existencia de Tratados que vinculen al Perú con el Estado requirente;*
 - b) *Las fechas de las demandas de extradición y, en especial, el estado de cada procedimiento;*
 - c) *El hecho de que el delito se haya cometido en el territorio de alguno de los Estados requirentes;*
 - d) *Las facilidades que cada uno de ellos tenga de conseguir las pruebas del delito;*
 - e) *El domicilio del extraditado o la sede de sus negocios, en la medida que en ambos casos le permitan ejercer con mayor consistencia su derecho de defensa, así como paralelamente el domicilio de la víctima;*
 - f) *La nacionalidad del extraditado;*
 - g) *La gravedad del hecho delictivo en función a la pena conminada y su coincidencia con la Ley nacional, en especial que no se prevea la pena de muerte.*

2. *Si varios Estados reclamaren a la misma persona por otros delitos, se decidirá la preferencia, según las siguientes circunstancias:*
 - a) *La mayor gravedad de los delitos, según la Ley peruana;*
 - b) *La nacionalidad del extraditado;*
 - c) *La posibilidad que concedida la extradición a un Estado requirente, éste pueda a su vez acceder luego a la reextradición de la persona reclamada al otro Estado.*
3. *Aún cuando se decida por un Estado requirente, la justicia y el Gobierno deben pronunciarse acerca de la procedencia de la extradición solicitada por el Estado que no la obtuvo de inmediato. En ese caso la extradición no preferida tendrá los efectos de una reextradición autorizada.*

Artículo 520. Efectos de la extradición concedida

1. *El extraditado no podrá ser encausado por hechos anteriores y distintos a los que determinaron la concesión de la extradición sin la previa autorización del Perú. En este caso debe interponerse una demanda ampliatoria de extradición, la Sala Penal de la Corte Suprema, que tendrá a la vista la solicitud del Estado requirente y con los documentos justificativos correspondientes, debe emitir una resolución consultiva y el Consejo de Ministros debe aprobar la correspondiente Resolución Suprema autoritativa.*
2. *Si la calificación del hecho delictivo que motivó la extradición fuese posteriormente modificada en el curso del proceso en el Estado requirente, ésta deberá igualmente ser autorizada por el Gobierno del Perú, bajo los mismos trámites que el numeral anterior, con la precisión que sólo deberá atenderse a si (sic) la nueva calificación también constituye un delito extraditable.*
3. *El extraditado no podrá ser reextraditado a otro Estado sin la previa autorización del Perú. Se seguirá en sede nacional el trámite previsto en el numeral 1). Sin embargo, no será necesaria la autorización del Gobierno del Perú si el extraditado renunciare a esa inmunidad ante una autoridad diplomática o consular peruana y con el asesoramiento de un abogado defensor; o, cuando el extraditado, teniendo la posibilidad de abandonar voluntariamente el territorio del Estado requirente no lo hace en el plazo de treinta días, o cuando regrese voluntariamente a ese territorio después de haberlo abandonado.*
4. *Si el extraditado, después de la entrega al Estado requirente o durante el respectivo proceso, fugue para regresar al Perú, será detenido mediante requisición directa y nuevamente entregado sin otras formalidades.*

5. *Los bienes –objetos o documentos– efecto o instrumento del delito y los que constituyen el cuerpo del delito o elementos de prueba, serán entregados al Estado requirente, desde que se hallen en poder del extraditado, aunque éste haya desaparecido o fallecido, salvo si afectan derechos de tercero. Así debe constar en la Resolución Suprema que acepte la extradición.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

Artículo 521. Procedimiento de la extradición

1. *Recibida por la Fiscalía de la Nación el pedido de extradición, el Juez de la Investigación Preparatoria dictará mandato de detención para fines extradicionales contra la persona requerida, si es que no se encontrare detenida en mérito a una solicitud de arresto provisorio.*
2. *Producida la detención y puesto el extraditado a disposición judicial por la oficina local de la INTERPOL, el Juez de la Investigación Preparatoria, con citación del Fiscal Provincial, le tomará declaración, informándole previamente de los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de extradición. Asimismo, le hará saber el derecho que tiene a nombrar abogado defensor o si no puede hacerlo de la designación de un abogado de oficio. El detenido, si así lo quiere, puede expresar lo que considere conveniente en orden al contenido de la solicitud de extradición, incluyendo el cuestionamiento de la identidad de quien es reclamado por la justicia extranjera, o reservarse su respuesta para la audiencia de control de la extradición. Si el detenido no habla el castellano, se le nombrará un intérprete.*
3. *Acto seguido, el Juez de la Investigación Preparatoria en un plazo no mayor de quince días, citará a una audiencia pública, con citación del extraditado, su defensor, el Fiscal Provincial, el representante que designe la Embajada y el abogado que nombre al efecto. Los intervinientes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de extradición, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la demanda de extradición, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones. La audiencia se inicia con la precisión de las causales de extradición, el detalle del contenido de la demanda de extradición y la glosa de documentos y elementos de prueba acompañados. Luego el extraditado, si así lo considera conveniente, declarará al respecto y se someterá al interrogatorio de las partes. A continuación alegarán las partes por su orden y, finalmente, el imputado tendrá derecho a la última pala-*

bra. El expediente se elevará inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema.

4. *La Sala Penal de la Corte Suprema, previo traslado de las actuaciones elevadas por el Juez de la Investigación Preparatoria al Fiscal Supremo y a los demás intervinientes apersonados, señalará fecha para la audiencia de extradición. La Audiencia se llevará a cabo con los que asistan, quienes por su orden informarán oralmente, empezando por el Fiscal y culminando por el abogado del extraditado. Si éste concurre a la audiencia, lo hará en último lugar. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días. Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

5. *Si el Juez de la Investigación Preparatoria, en función al cuestionamiento del extraditado, realizadas sumariamente las constataciones que correspondan, comprueba que no es la persona requerida por la justicia extranjera, así lo declarará inmediatamente, sin perjuicio de ordenar la detención de la persona correcta. Esta decisión, aún cuando se dictare antes de la audiencia, impedirá la prosecución del procedimiento. Contra ella procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior.*
6. *El extraditado, en cualquier estado del procedimiento judicial, podrá dar su consentimiento libre y expreso a ser extraditado. En este caso, el órgano jurisdiccional dará por concluido el procedimiento. La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dictará la resolución consultiva favorable a la extradición, remitiendo los actuados al Ministerio de Justicia para los fines de Ley.*

CONCORDANCIAS: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

R.ADM. N° 064-2008-P-PJ (Disponen apertura del Libro denominado "Registro Único de Extradiciones de la Corte Suprema de Justicia de la República")

Artículo 522. Resolución Suprema y Ejecución

1. *La Resolución Suprema emitida por el Consejo de Ministros será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del Estado requirente por la vía diplomática. En la comunicación al Estado requerido se consignarán los condicionamientos que trae consigo la concesión de la extradición. Si la decisión es denegatoria de la extradición la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a la INTERPOL.*



2. *Decidida definitivamente la demanda de extradición no dará curso a ningún nuevo pedido de extradición por el mismo Estado requirente basado en el mismo hecho, salvo que la denegación se funde en defectos de forma. Otro Estado que se considere competente podrá intentarla por el mismo hecho si la denegación al primer Estado se sustentó en la incompetencia de dicho Estado para entender el delito que motivó el pedido.*
3. *El Estado requirente deberá efectuar el traslado del extraditado en el plazo de treinta días, contados a partir de la comunicación oficial. La Fiscalía de la Nación, atenta a la solicitud del Estado requirente, cuando éste se viera imposibilitado de realizar el traslado oportunamente, podrá conceder un plazo adicional de diez días. A su vencimiento, el extraditado será puesto inmediatamente en libertad, y el Estado requirente no podrá reiterar la demanda de extradición.*
4. *Los gastos ocasionados por la carcelería y entrega, así como el transporte internacional del extraditado y de los documentos y bienes incautados, correrán a cargo del Estado requirente.*
5. *El Estado requirente, si absuelve al extraditado, está obligado a comunicar al Perú una copia autenticada de la sentencia.*

Artículo 523. Arresto provisorio o preextradición

1. *El arresto provisorio de una persona reclamada por las autoridades extranjeras procederá cuando:*
 - a) *Haya sido solicitada formalmente por la autoridad central del país interesado;*
 - b) *La persona pretenda ingresar al país mientras es perseguido por la autoridad de un país limítrofe;*
 - c) *La persona se encuentre plenamente ubicada, dentro del territorio nacional, con requerimiento urgente, por intermedio de la Organización Internacional de Policía Criminal-INTERPOL.*
2. *En el supuesto del literal a) del numeral anterior, la solicitud formal será remitida a la Fiscalía de la Nación ya sea por intermedio de su autoridad central o por conducto de la INTERPOL. En casos de urgencia, se requerirá simple requisición hecha por cualquier medio, inclusive telegráfico, telefónico, radiográfico o electrónico. La solicitud formal contendrá:*
 - a) *El nombre de la persona reclamada, con sus datos de identidad personal y las circunstancias que permitan encontrarla en el país;*
 - b) *La fecha, lugar de comisión y tipificación del hecho imputado;*
 - c) *Si el requerido fuese un imputado, indicación de la pena conminada para el hecho perpetrado; y, si fuera un condenado, precisión de la pena impuesta;*

- d) *La invocación de la existencia de la orden judicial de detención o de prisión, y de ausencia o contumacia en su caso;*
 - e) *El compromiso del Estado solicitante a presentar el pedido formal de extradición dentro de sesenta días de producida la detención. A su vencimiento, de no haberse formalizado la demanda de extradición el arrestado será puesto en inmediata libertad.*
3. *La Fiscalía de la Nación remitirá de inmediato al juez de la Investigación Preparatoria competente, con aviso al fiscal Provincial que corresponda.*
 4. *El juez dictará el mandato de arresto provisorio, siempre que el hecho que se repute delictivo también lo sea en el Perú y tenga prevista una conminación penal, en cualquiera de sus extremos, igual o superior a una pena privativa de un año. Si se invoca la comisión de varios delitos, bastará que uno de ellos cumpla con esa condición para que proceda respecto de los restantes delitos. La decisión que emita será notificada al fiscal y comunicada a la Fiscalía de la Nación y a la oficina local de la INTERPOL.*
 5. *En el supuesto del literal b) del numeral 1) la Policía destacada en los lugares de frontera deberá poner inmediatamente al detenido a disposición del juez de la Investigación Preparatoria competente del lugar de la intervención, con aviso al fiscal provincial. El juez por la vía más rápida, que puede ser comunicación telefónica, fax o correo electrónico, pondrá el hecho en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y del funcionario diplomático o consular del país de búsqueda. El representante diplomático o consular tendrá un plazo de dos días para requerir el mantenimiento del arresto provisorio, acompañando a su solicitud las condiciones establecidas en el numeral 2) de este artículo. De no hacerlo se dará inmediata libertad al arrestado.*
 6. *Dispuesto el arresto provisorio, el juez de la Investigación Preparatoria oír a la persona arrestada en el plazo de veinticuatro horas y le designará abogado defensor de oficio, si aquella no designa uno de su confianza. El arresto se levantará si, inicialmente, el Juez advierte que no se dan las condiciones indicadas en el numeral 4) de este artículo, convirtiéndose en un mandato de comparecencia restrictiva, con impedimento de salida del país. El arresto cesará si se comprobare que el arrestado no es la persona reclamada, o cuando transcurre el plazo de sesenta días para la presentación formal de la demanda de extradición.*
 7. *El arrestado que sea liberado porque no se presentó a tiempo la demanda de extradición puede ser nuevamente detenido por razón del mismo delito, siempre que se reciba un formal pedido de extradición.*



8. *Mientras dure el arresto provisorio, el arrestado podrá dar su consentimiento a ser trasladado al Estado requirente. De ser así, se procederá conforme a lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 521.*
9. *El arrestado puede obtener libertad provisional si transcurriesen los plazos legales del tratado o de la ley justificatorios de la demanda de extradición, o si el extraditado reuniese las condiciones procesales para esa medida. En este último caso se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá su pasaporte, sin perjuicio de otras medidas de control que el juez discrecionalmente acuerde. Se seguirá el trámite previsto para la cesación de la prisión preventiva.*
10. *En el caso del inciso c) del numeral 1) del presente artículo, la Policía Nacional procederá a la intervención y conducción del requerido en forma inmediata, poniéndolo a disposición del juez competente del lugar de la intervención y comunicando tal hecho al fiscal provincial, a la Fiscalía de la Nación y al funcionario diplomático o consular del país requirente.^(*)*

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

Artículo 524. Extradición de tránsito

1. *El tránsito de un extraditado de un tercer Estado y el de sus guardas, por el territorio nacional, será permitido, mediante la presentación de copia auténtica del documento que conceda la extradición y de la solicitud correspondiente, salvo si a ello no se opusieren graves motivos de orden público o de derechos humanos. La autorización y, en su caso, la denegación será dispuesta por la Fiscalía de la Nación, en coordinación con los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores.*
2. *Si el medio de transporte empleado es el aéreo, la autorización será necesaria solamente cuando tuviere alguna escala prevista en territorio nacional.*
3. *La denegación del tránsito podrá darse en el caso de entrega del extraditado hecha sin garantías de justicia.*

TÍTULO III LA EXTRADICIÓN ACTIVA

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS, Artículo 6 y siguientes

Artículo 525. Ámbito e Iniciación

1. *El Poder Ejecutivo del Perú, a instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema podrá requerir la extradición de un procesado, acusado o*



condenado al Estado en que dicha persona se encuentra, siempre que lo permitan los Tratados o, en reciprocidad, la Ley del Estado requerido.

- 2. Para dar curso al procedimiento de extradición activa, el Juez de la Investigación Preparatoria o el Juez Penal, según el caso, de oficio o a solicitud de parte, y sin trámite alguno, deberá pronunciarse al respecto. La resolución de requerimiento de extradición activa deberá precisar los hechos objeto de imputación, su calificación legal, la conminación penal, los fundamentos que acreditan la realidad de los hechos delictivos y la vinculación del imputado en los mismos, como autor o partícipe, y, en su caso, la declaración de ausencia o contumacia, así como la orden de detención con fines de extradición. La resolución desestimatoria es apelable ante la Sala Penal Superior, que la resolverá previa audiencia con citación e intervención de las partes que concurran al acto en el plazo de cinco días.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

Artículo 526. Procedimiento

- 1. El Juez, luego de emitir la resolución respectiva, formará el cuaderno respectivo conteniendo, en lo pertinente, la documentación señalada en los numerales 1) y 2) del artículo 518, así como la que acredita que el procesado ha sido ubicado en el país requerido, y si el Tratado o la legislación interna de dicho país exige prueba que fundamente la seriedad de los cargos, los medios de investigación o de prueba que lo justifiquen, sin perjuicio de adjuntar las normas de derecho interno y, de ser el caso, el Tratado aplicable al caso.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS, Artículo 11

- 2. Elevado el cuaderno a la Sala Penal de la Corte Suprema, si la resolución es de requerimiento de extradición activa, procederá en lo pertinente conforme a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 521.*
- 3. Si la resolución consultiva es desfavorable a la extradición activa, se devolverá lo actuado al órgano jurisdiccional inferior. Si es favorable, se remitirá el cuaderno íntegro al Ministerio de Justicia, previa legalización de lo actuado.*
- 4. El Gobierno se pronunciará mediante Resolución Suprema aprobada en Consejo de Ministros. Para este efecto, una Comisión presidida por el Ministerio de Justicia e integrada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se pronunciará mediante informe motivado. El Consejo de Ministros podrá acordar si accede o deniega la extradición activa.*

5. Emitida la Resolución Suprema se dispondrá la traducción del cuaderno de extradición, respecto de las piezas indicadas por la Comisión de Extradición. La presentación formal de la extradición corresponderá a la Fiscalía de la Nación con el concurso del Ministerio de Relaciones Exteriores.

CONCORDANCIAS: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

R.ADM. N° 064-2008-P-PJ (Disponen apertura del Libro denominado "Registro Único de Extradiciones de la Corte Suprema de Justicia de la República")

Artículo 527. Arresto provisorio

1. En casos urgentes, y especialmente cuando haya peligro de fuga, el Juez de la Investigación Preparatoria o en su caso el Juez Penal podrá solicitar al Estado requerido, directamente con conocimiento de la Fiscalía de la Nación y a través de la INTERPOL, dicte mandato de arresto provisorio con fines de extradición.
2. Esta medida podrá instarse si el Tratado lo permite o, en su defecto, invocando el principio de reciprocidad. La resolución conteniendo el requerimiento de arresto provisorio, debe acompañar copia de la orden de detención o de la sentencia condenatoria, la descripción del delito, los datos del reclamado y la declaración formal de instar la demanda formal de extradición.
3. Dictada la citada resolución, el Juzgado deberá iniciar los trámites para formar el cuaderno de extradición y obtener la documentación que corresponda. Completará el procedimiento si recibe información categórica de la ubicación del imputado en el Estado requirente o si es aceptado el pedido de arresto provisorio y arrestado el extraditado.
4. El mandato de arresto provisorio también podrá solicitarse conjuntamente con la demanda formal de extradición, acompañando los documentos establecidos en el numeral 1) del artículo 526. En este caso el pedido corresponde formularlo a la Sala Penal de la Corte Suprema y deberá ser objeto de pronunciamiento específico en la Resolución Suprema expedida por el Poder Ejecutivo.

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

SECCIÓN III LA ASISTENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Artículo 528. Ámbito y procedencia

1. Esta sección rige los actos de cooperación judicial internacional previstos en los incisos b) a j) del numeral 1) del artículo 511.



2. *En estos casos, la solicitud de asistencia judicial internacional o carta rogatoria sólo procederá cuando la pena privativa de libertad para el delito investigado o juzgado no sea menor de un año y siempre que no se trate de delito sujeto exclusivamente a la legislación militar.*

Artículo 529. Motivos de denegación

1. *Podrá denegarse, asimismo, la asistencia cuando:*
 - a) *El imputado hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado por el delito que origina dicha solicitud;*
 - b) *El proceso ha sido iniciado con el objeto de perseguir o de castigar a un individuo por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, ideología o condición social;*
 - c) *La solicitud se formula a petición de un tribunal de excepción o Comisiones Especiales creadas al efecto;*
 - d) *Se afecta el orden público, la soberanía, la seguridad o los intereses fundamentales del Estado; y,*
 - e) *La solicitud se refiera a un delito tributario, salvo que el delito se comete por una declaración intencionalmente falsa, o por una omisión intencional, con el objeto de ocultar ingresos provenientes de cualquier otro delito.*
2. *En las solicitudes de asistencia previstas en el literal h) del numeral 1) del artículo 511 se requiere que el hecho que origina la solicitud sea punible en los dos Estados.*

Artículo 530. Requisitos y trámite de la carta rogatoria

1. *Las solicitudes de asistencia judicial o cartas rogatorias que se formulen a las autoridades nacionales se harán por escrito y deberán contener las siguientes indicaciones:*
 - a) *El nombre de la autoridad extranjera encargada de la investigación o del juzgamiento;*
 - b) *El delito a que se refiere la causa y descripción del asunto, la índole de la investigación o juzgamiento, y la relación de los hechos a los que se refiere la solicitud;*
 - c) *Descripción completa de la asistencia que se solicita;*
2. *Cuando no se conozcan las pruebas en particular que se quiere obtener, basta con la mención de los hechos que se buscan demostrar.*
3. *Si la solicitud no se ajusta a lo dispuesto en este artículo o cuando la información suministrada no sea suficiente para su tramitación, se podrá pedir al Estado requirente modifique su solicitud o la complete con información adicional. Durante ese lapso la autoridad nacional podrá adoptar actos de auxilio genéricos en la investiga-*

ción o medidas provisionales, como bloqueo de cuenta, embargos o confiscaciones preventivas, para evitar perjuicios irreparables.

Artículo 531. Medios probatorios

1. *Para la recepción de testimonios, se especificarán los hechos concretos sobre los cuales debe recaer el interrogatorio o, en todo caso, se adjuntará un pliego interrogatorio.*
2. *Si se requiere corroborar una prueba o un documento original se acompañaran de ser posibles copias auténticas de aquellas que justificaron el pedido o, en todo caso, podrán condicionarse a su oportuna devolución.*
3. *Si el cumplimiento de la solicitud de asistencia pudiese entorpecer una investigación en trámite conducida por autoridad competente, podrá disponerse el aplazamiento o el conveniente condicionamiento de la ejecución, informándose al Estado requirente.*

Artículo 532. Trámite de las solicitudes

1. *La Fiscalía de la Nación cursará las solicitudes de asistencia de las autoridades extranjeras al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde deba realizarse la diligencia, quien en el plazo de dos días, decidirá acerca de la procedencia de la referida solicitud.*
2. *Contra la resolución del Juez de la Investigación Preparatoria procede recurso de apelación sin efecto suspensivo. La Sala Penal Superior correrá traslado de lo actuado al Fiscal Superior y a los interesados debidamente apersonados por el plazo común de tres días, y resolverá, previa vista de la causa, en el plazo de cinco días.*
3. *En el trámite de ejecución del acto de asistencia judicial intervendrá el Ministerio Público y se citará a la Embajada del país solicitante para que se haga representar por un Abogado. También se aceptará la intervención de los abogados de quienes resulten ser partes en el proceso del que derive la carta rogatoria.*
4. *Sin perjuicio de lo anterior, en todo lo referente a las condiciones y formas de realización del acto de asistencia, rige la legislación nacional.*
5. *Corresponde actuar la diligencia de asistencia judicial al propio Juez de la Investigación Preparatoria. Luego de ejecutarla, elevará las actuaciones a la Fiscalía de la Nación para su remisión a la autoridad requirente por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores.*

Artículo 533. Traslado al extranjero de persona privada de libertad

1. *La comparecencia y el traslado temporal al extranjero de una persona privada de libertad por la justicia peruana, sólo podrá autorizarse si el requerido presta su consentimiento, con asistencia de*

un abogado defensor, y siempre que su presencia en el país no fuera necesaria para una investigación y juzgamiento.

2. *La autoridad extranjera deberá comprometerse a mantener en custodia física a la persona trasladada (sic) y la devolverá luego de acabadas la diligencias (sic) que originaron su traslado, sin necesidad de extradición o en un tiempo que no exceda de sesenta días o el que le resta para el cumplimiento de la condena, según el plazo que se cumpla primero, a menos que el requerido, la Fiscalía de la Nación y la autoridad extranjera consientan prorrogarlo.*

Artículo 534. Salvoconducto

1. *La comparecencia de toda persona ante la autoridad extranjera, autorizada por la justicia peruana, está condicionada a que se le conceda un salvoconducto, bajo el cual, mientras se encuentre en el Estado requirente, no podrá:*
 - a) *Ser detenida o enjuiciada por delitos anteriores a su salida del territorio nacional;*
 - b) *Ser requerida para declarar o dar testimonio en procedimientos no especificados en la solicitud;*
 - c) *Ser detenida o enjuiciada con base en la declaración que preste, salvo el caso de desacato o falso testimonio.*
2. *El salvoconducto cesará cuando la persona prolongue voluntariamente su estadía por más de quince días a partir del momento en que su presencia ya no fuere necesaria.*

Artículo 535. Prohibiciones

1. *Los documentos, antecedentes, informaciones o pruebas obtenidas en aplicación de la asistencia judicial no podrán divulgarse o utilizarse para propósitos diferentes de aquellos especificados en la carta rogatoria, sin previo consentimiento de la Fiscalía de la Nación.*
2. *La autoridad judicial nacional al aceptar la solicitud de asistencia o, en su caso y posteriormente, la Fiscalía de la Nación podrá disponer que la información o las pruebas suministradas al Estado requirente se conserven en confidencialidad. Corresponde a la Fiscalía de la Nación realizar las coordinaciones con la autoridad central del país requirente para determinar las condiciones de confidencialidad que mutuamente resulten convenientes.*

Artículo 536. Requisitos y trámite de la carta rogatoria a autoridades extranjeras

1. *Las solicitudes de asistencia judicial que se formulen a las autoridades extranjeras se harán por escrito y en el idioma del país requerido. Deberán contener las siguientes indicaciones:*

- a) *El nombre de la autoridad peruana encargada de la investigación o del juzgamiento;*
 - b) *El delito a que se refiere la causa y descripción del asunto, la índole de la investigación o juzgamiento, y la relación de los hechos a los que se refiere la solicitud;*
 - c) *Descripción completa de la asistencia que se solicita y, en su caso, remisión de la documentación pertinente;*
2. *Cuando no se conozcan las pruebas en particular que quieren obtenerse, se mencionará los hechos que se buscan acreditar.*
 3. *Corresponde a los jueces y fiscales, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, cursar la carta rogatoria a las autoridades extranjeras. Ésta se tramitará por intermedio de la Fiscalía de la Nación.*

Artículo 537. Solicitud a las autoridades extranjeras para el traslado del detenido o condenado

1. *El Juez de la Investigación Preparatoria o, en su caso, el Juez Penal, a requerimiento del Fiscal o de las otras partes, siempre que se cumplan los requisitos de procedencia previstos en el Código y resulte necesaria la presencia de un procesado detenido o de un condenado que en el extranjero está sufriendo privación de la libertad o medida restrictiva de la libertad, podrá solicitar su traslado al Perú a las autoridades de ese país, a fin de que preste testimonio, colabore en las investigaciones o intervenga en las actuaciones correspondientes.*
2. *La solicitud de traslado estará condicionada a la concesión por parte de Estado Peruano del salvoconducto correspondiente y a las exigencias mutuamente acordadas con la autoridad extranjera, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación.*
3. *Contra la resolución que emite el Juez procede recurso de apelación con efecto suspensivo. Rige, en lo pertinente, el numeral 2) del artículo 517.*

**SECCIÓN IV
LAS DILIGENCIAS EN EL EXTERIOR**

Artículo 538. Práctica de diligencias en el extranjero por Fiscal o Juez peruanos

1. *Cuando sea necesaria la práctica de diligencias en territorio extranjero, el Fiscal Superior o la Sala Penal Superior competente, según corresponda realizarla al Fiscal o al Juez, podrán de acuerdo con la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, previa aceptación del Estado extranjero, autorizar el traslado del Fiscal o del Juez. La decisión que se emite no es recurrible.*

2. *El Fiscal o el Juez dispondrá se forme cuaderno aparte conteniendo copia certificada de los actuados pertinentes que resulten necesarios para determinar la necesidad y urgencia. La resolución que acuerde solicitar la autorización será motivada y precisará las diligencias que deben practicarse en el extranjero.*
3. *La Fiscalía de la Nación recibirá por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores la respuesta del Estado requerido sobre la posibilidad de realizarse en su territorio estas diligencias y las anexará a los actuados.*
4. *Expedida la autorización a que se refiere el primer párrafo de este artículo, dará aviso al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la representación diplomática acreditada en Perú del país donde debe realizarse la diligencia.*

Artículo 539. Caso de que autoridades extranjeras consideren necesaria la práctica de diligencias en el Perú

1. *En caso que autoridades extranjeras consideren necesaria la práctica de diligencias en el Perú, lo harán saber a la Fiscalía de la Nación por conducto de su autoridad central o vía diplomática.*
2. *La Fiscalía de la Nación derivará la solicitud al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde debe realizarse la diligencia, la cual previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente apersonados, decidirá luego de la vista de la causa en el plazo de cinco días. La decisión es recurrible con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior. Rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 532.*
3. *Si se acepta la solicitud de la autoridad extranjera, su ejecución está condicionada a que no se afecten derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano. En este caso, prestará a la autoridad extranjera el auxilio que requiere para el cumplimiento de dichas diligencias. El Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución.*

SECCIÓN V

EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS

TÍTULO I

LAS PENAS Y LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EFECTIVAS

Artículo 540. Bases y requisitos

1. *Las sentencias de la justicia penal nacional que imponen penas privativas de libertad o medidas de seguridad privativas de libertad a nacionales de otro país podrán ser cumplidas en ese país. Asimismo, las sentencias de la justicia penal extranjera que impongan penas y*

medidas de seguridad privativas de libertad a peruanos podrán ser cumplidas en el Perú.

2. *Corresponde decidir el traslado de condenados, activo o pasivo, al Gobierno mediante Resolución Suprema expedida con acuerdo del Consejo de Ministros, previo informe de la Comisión a que hace referencia el artículo 514. La decisión del Gobierno requiere la necesaria intervención judicial en los términos establecidos en esta Sección.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

3. *La ejecución de la sanción del trasladado se cumplirá de acuerdo a las normas de ejecución o del régimen penitenciario del Estado de cumplimiento.*

Artículo 541. Jurisdicción del Perú sobre la condena impuesta

1. *El Perú, cuando acepte el traslado del condenado extranjero, mantendrá jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta y cualquier otro procedimiento que disponga la revisión o modificación de las sentencias dictadas por sus órganos judiciales. También retendrá la facultad de indultar o conceder amnistía o remitir la pena a la persona condenada.*
2. *La Fiscalía de la Nación, previa coordinación con el Ministerio de Justicia, aceptará las decisiones que sobre estos extremos adopte el Estado extranjero, siempre y cuando respete la legislación nacional; y, realizará las necesarias consultas y coordinaciones con el Estado extranjero para que se respete lo dispuesto en el numeral anterior.*
3. *De igual manera, el Perú en ningún caso modificará, por su duración, la pena privativa de libertad o la medida privativa de libertad pronunciada por la autoridad judicial extranjera.*

Artículo 542. Condiciones para el traslado y el cumplimiento de condenas

1. *El traslado de condenados será posible, si se cumplen las siguientes condiciones:*
 - a) *Que el hecho que origina la solicitud sea punible en ambos Estados;*
 - b) *Que el reo no haya sido declarado culpable de un delito exclusivamente militar;*
 - c) *Que la parte de la condena del reo que puede cumplirse en el momento de hacerse la solicitud sea por lo menos de seis meses;*
 - d) *Que la sentencia se encuentre firme;*
 - e) *Que las disposiciones de la sentencia, fuera de la privación de libertad, hayan sido satisfechas o garantizadas, especialmente tratándose de multa, reparación civil y demás consecuencias accesorias.*

Tratándose de Cooperación Judicial Internacional, el condenado que solicite ser trasladado a su país de origen, al amparo de los tratados o convenios internacionales sobre la materia o bajo el principio de reciprocidad, podrá solicitar al órgano jurisdiccional correspondiente la reducción o exoneración del pago de la reparación civil y multa, siempre que cumpla con los siguientes supuestos:

- a) Que el agraviado sea únicamente el Estado o en su defecto haya satisfecho completamente la reparación civil fijada expresamente en la sentencia a favor de otros agraviados.*
- b) Acredite razones humanitarias debidamente fundadas o carezca de medios económicos suficientes, previo informe socio-económico del funcionario competente del Instituto Nacional Penitenciario que corrobore dicha situación.*

La autoridad judicial, previa evaluación de los antecedentes y mediante resolución motivada, podrá aprobar o denegar la solicitud de exoneración y/o reducción del pago de la reparación civil y multa.

En el caso de que se trate de reparaciones civiles solidarias, se hará extensivo dicho beneficio a los demás condenados extranjeros, que se encuentran en la misma condición de insolvencia.

En el caso de condenados con doble nacionalidad, una de las cuales es la peruana, la pena se cumplirá en el Perú.^()*

() Literal e) modificado por el artículo único de la Ley N° 29305, publicada el 22-12-2008.*

- f) Que no exista actuación procesal en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces locales sobre los mismos hechos.*
- 2. Excepcionalmente, previo acuerdo entre las autoridades centrales, podrá convenirse en el traslado, aunque la duración de la condena sea inferior a la prevista en el literal c) del numeral 1). El acuerdo de la Fiscalía de la Nación requerirá la conformidad del Gobierno, que la recabará previa coordinación con el Ministerio de Justicia.*

Artículo 543. Trámite para disponer el traslado de extranjero condenado en el Perú

- 1. La Fiscalía de la Nación remitirá la solicitud de traslado formulada por el Estado extranjero al Juzgado Penal Colegiado del lugar donde el condenado se encuentra cumpliendo, el cual decidirá en el plazo de cinco días, previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente personados, y luego de celebrarse la vista de la causa. La decisión es recurrible con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior. Rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 532.*

2. *La solicitud estará acompañada de copia certificada de la sentencia relativa al reo, haciendo constar su firmeza y, cuando corresponda, del acuerdo celebrado entre la Fiscalía de la Nación y la respectiva autoridad extranjera sobre los puntos indicados en el artículo 541. Asimismo, debe constar la aceptación expresa del reo prestada con asesoramiento de su abogado defensor. Si se considera que la documentación acompañada es insuficiente se podrá solicitar mayor información u otro informe adicional.*
3. *Para tomar la decisión el Juez Penal considerará, entre otros factores, la gravedad del delito, los antecedentes del reo, su estado de salud y los vínculos que pueda tener con el Estado donde cumplirá la condena.*
4. *Firme que sea la resolución judicial, que tendrá carácter consultiva, se remitirá conjuntamente con las actuaciones formadas al efecto al Ministerio de Justicia, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.*
5. *Cuando la resolución judicial es negativa al traslado, el Gobierno queda vinculado a esa decisión. Si la resolución judicial consultiva es favorable al traslado, el Gobierno puede decidir lo que considere conveniente.*

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

Artículo 544. Trámite cuando el Perú solicita el traslado del extranjero

1. *La solicitud por el Estado Peruano para instar el traslado de un reo extranjero condenado en el país o de un nacional condenado en el extranjero corresponde, en el primer supuesto, al Juzgado Penal Colegiado del lugar donde cumple la condena; y, en el último supuesto, al Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Lima a instancia del Fiscal en coordinación con la Fiscalía de la Nación.*
 2. *En ambos casos, la Fiscalía designada por la Fiscalía de la Nación formará el cuaderno respectivo, ya sea de oficio o a solicitud del propio condenado. En todo caso se requiere que el condenado haya dado ante la autoridad judicial, y con asistencia de abogado defensor, su libre y expreso consentimiento al traslado, después de ser informado de sus consecuencias, y cumplido con el pago de la reparación civil y demás consecuencias accesorias, salvo los que se encuentren incursos en el artículo 542 inciso e) de este Código.^(*)*
- (*) *Literal modificado por el artículo único de la Ley N° 29305, publicada el 22-12-2008.*
3. *El Juzgado Penal Colegiado se pronunciará si corresponde iniciar formalmente la indicada solicitud de traslado. Para ello correrá*



traslado a las partes personadas por el plazo de cinco días y celebrará la audiencia de vista de la causa en similar plazo.

4. Rige lo dispuesto en los numerales 4) y 5) del artículo anterior.

CONCORDANCIA: D.S. N° 016-2006-JUS (Normas referidas al comportamiento judicial y gubernamental en materia de extradiciones y traslado de condenados)

TÍTULO II

LAS OTRAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo 545. Penas no privativas de libertad

- 1. El condenado de nacionalidad peruana por un órgano jurisdiccional extranjero a cumplir una pena de condena condicional o la suspensión del fallo condenatorio, o de prestación de servicios a la comunidad, o de limitación de días libres, o una medida de seguridad no privativa de libertad, podrá cumplirla en el Perú bajo la vigilancia de la autoridad competente.**
- 2. La aceptación de la solicitud está condicionada al cumplimiento de la reparación civil y de las demás consecuencias accesorias, y a la aceptación del condenado prestada con asistencia de su abogado defensor.**
- 3. La solicitud de la autoridad extranjera requiere copia certificada de la sentencia firme, información completa de haberse cumplido la reparación civil y las demás consecuencias accesorias, información sobre la fecha de llegada al Perú, y explicación de las obligaciones asumidas por el condenado y del control que se requiere de la autoridad peruana, con determinación de la fecha de finalización del control. No se aceptará la solicitud cuando las obligaciones asumidas por el condenado o las medidas de control requeridas contraríen la legislación nacional.**
- 4. Si el condenado fuere peruano, podrá presentar la solicitud por sí o a través de terceros a su nombre.**
- 5. Resolverá la solicitud el Juez para la Investigación Preparatoria. Rige, en lo pertinente, los numerales 1) y 2) del artículo 532. En estos casos se requiere informe del Instituto Nacional Penitenciario.**
- 6. Corresponde a la autoridad peruana informar periódicamente al Estado de condena acerca de la forma en que se lleva a cabo el control. Está obligada a comunicar de inmediato el incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones asumidas, para que el Estado de condena adopte las medidas que correspondan al caso.**



Artículo 546. Cumplimiento de penas no privativas de libertad en el Perú

1. *El condenado extranjero por un órgano jurisdiccional peruano a cumplir una pena de condena condicional o la suspensión del fallo condenatorio, o de prestación de servicios a la comunidad, o de limitación de días libres, o una medida de seguridad no privativa de libertad, podrá ser cumplido en el país de su nacionalidad.*
2. *Las condiciones serán, análogamente, las establecidas en el artículo anterior.*
3. *La solicitud debe ser presentada ante el Juez de la Investigación Preparatoria. La Fiscalía de la Nación coordinará con la autoridad extranjera los requisitos y condiciones que el Estado de condena establece al respecto, y las remitirá al Juez de la causa para su decisión.*

Artículo 547. Pena de multa y el decomiso

1. *Las condenas de multa o la consecuencia accesoria del decomiso dictadas por autoridad judicial extranjera, podrán ser ejecutadas en el Perú, a solicitud de su autoridad central, cuando:*
 - a) *El delito fuere de competencia del Estado requirente, según su propia legislación;*
 - b) *La condena esté firme;*
 - c) *El hecho que la motiva constituya delito para la Ley peruana, aun cuando no tuviera prescritas las mismas penas;*
 - d) *No se trate de un delito político o el proceso se instó por propósitos políticos o motivos discriminatorios rechazados por el Derecho Internacional;*
 - e) *El condenado no hubiese sido juzgado en el Perú o en otro país por el hecho (sic) que motiva el pedido; y*
 - f) *No se trata de una condena dictada en ausencia.*
2. *La autoridad central, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, podrá convenir con el Estado requirente, sobre la base de reciprocidad, que parte del dinero o de los bienes obtenidos como consecuencia del procedimiento de ejecución, queden en poder del Estado peruano.*
3. *Para todo lo relacionado con la solicitud y el procedimiento necesario para resolver el pedido del Estado requirente, rigen en lo pertinente los artículos 530 y 532.*
4. *El procedimiento judicial para la ejecución forzosa de la multa y del decomiso será el previsto en este Código y podrán adoptarse medi-*

das de coerción patrimonial. Intervendrá necesariamente el Fiscal Provincial.

5. *La multa se ejecutará por el monto y las condiciones establecidas en la condena, el cual se convertirá a la moneda nacional o a otra moneda según los acuerdos que se arriben y siempre que no prohíba la legislación nacional.*
6. *Los gastos que ocasione la ejecución serán de cargo del Estado requirente.*
7. *El dinero o los bienes obtenidos serán depositados a la orden de la Fiscalía de la Nación, la que los transferirá o entregará a la autoridad central del país requirente o a la que ésta designe.*

Artículo 548. Pena de Inhabilitación

1. *Las penas de inhabilitación impuestas por un órgano jurisdiccional extranjero serán ejecutadas en el Perú, a solicitud de su autoridad central, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el numeral 1) del artículo 532.*
2. *El procedimiento de admisión y el de ejecución, con la intervención necesaria del Fiscal Provincial, será el previsto en los artículos 530 y 532, así como las normas sobre ejecución de sentencia establecidas en el Código.*

Artículo 549. Penas de multa e inhabilitación y decomiso objeto de cumplimiento en el extranjero

1. *El órgano jurisdiccional peruano que haya impuesto una condena de multa, inhabilitación o decomiso, podrá requerir que se ejecute la condena en un país extranjero.*
2. *Las condiciones serán, analógicamente, las establecidas por el numeral 1) del artículo 532.*
3. *El procedimiento de admisión y el de ejecución, con la intervención necesaria del Fiscal Provincial, será el previsto en los artículos 530 y 532, así como las normas sobre ejecución de sentencia establecidas en el Código.*

SECCIÓN VI LA ENTREGA VIGILADA

Artículo 550. Disposición de entrega vigilada al exterior

1. *La Fiscalía Provincial del lugar donde ocurra el hecho, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación y mediando solicitud expresa y motivada de la autoridad competente extranjera, podrá autorizar*



la entrega vigilada con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos de naturaleza internacional o transnacional y de entablar acciones penales contra ellas.

2. *La entrega vigilada se acordará mediante una Disposición, que se guardará en reserva, y que se comunicará a la autoridad central extranjera o, por razones de urgencia, a la autoridad que ha de realizar la investigación.*
3. *La Disposición determinará, según el caso, que las remesas ilícitas cuya entrega vigilada se haya acordado puedan ser interceptadas, y autorizadas a proseguir intactas o a sustituir su contenido, total o parcialmente.*
4. *Corresponde al Fiscal Provincial conducir, con la activa intervención de la Policía Nacional, todo el procedimiento de entrega vigilada.*

Artículo 551. Entrega vigilada y protección de la jurisdicción nacional

1. *La Disposición que autoriza la entrega vigilada del bien delictivo se adoptará caso por caso.*
2. *Los gastos que en territorio nacional demande este mecanismo de cooperación serán de cuenta del Ministerio Público. Sin embargo, la Fiscalía de la Nación está facultada para arribar a un acuerdo específico sobre la materia.*
3. *La Fiscalía de la Nación cuidará que el ámbito de la jurisdicción nacional no se limite indebidamente.*

Artículo 552. Función de la Fiscalía de la Nación

1. *La Fiscalía de Nación establecerá, en coordinación con la autoridad competente extranjera, el procedimiento mutuamente convenido para la entrega vigilada.*
2. *Asimismo, precisará, con pleno respeto a la vigencia de Ley penal nacional, la atribución que corresponde al Ministerio Público de promover la acción penal en el país, en caso el procedimiento de entrega vigilada dé resultados positivos.*

Artículo 553. Autorización para utilizar la entrega vigilada

1. *La Fiscalía que investiga un delito previsto en el artículo 340, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación, podrá autorizar se solicite a la autoridad extranjera competente la utilización de la entrega vigilada.*
2. *En virtud de la urgencia podrá utilizarse el canal directo con la autoridad central del país requerido o, con autorización de ella, con el órgano que de inmediato tendrá a su cargo la ejecución de dicha técnica de cooperación.*

SECCIÓN VII
COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

TÍTULO I
ASPECTOS GENERALES

Artículo 554. *Ámbito de la Cooperación*

1. *Los actos de cooperación del Perú con la Corte Penal Internacional son:*
 - a) *La detención y entrega de personas;*
 - b) *La detención provisional;*
 - c) *Los actos de cooperación previstos en el artículo 93 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*
2. *Asimismo, en cuanto no estén incluidos específicamente en dicha norma internacional, procede otorgar asistencia en los supuestos previstos en los literales b) al m) del numeral 1) del artículo 511, así como en lo relativo a la ejecución de penas impuestas a nacionales por la Corte Penal Internacional.*

Artículo 555. *Trámite inicial de las solicitudes de Cooperación*

1. *Las solicitudes de cooperación de un órgano de la Corte Penal Internacional serán recibidas vía diplomática y remitidas inmediatamente a la Fiscalía de la Nación, como autoridad central. También pueden cursarse directamente a la Fiscalía de la Nación.*
2. *La Fiscalía de la Nación cursará al Juez de la Investigación Preparatoria las solicitudes de cooperación de detención y entrega, de detención provisional, y de todas aquellas establecidas en el artículo 511.*
3. *Si el acto de cooperación consiste en: a) la identificación y búsqueda de personas u objetos; b) la realización de exhumaciones y el examen de cadáveres y fosas comunes; y, c) la identificación y determinación del paradero de bienes delictivos, corresponderá su admisión y ejecución al Fiscal Provincial del lugar de la diligencia. Si la solicitud, a su vez, exige la realización de inspecciones oculares; el congelamiento o la incautación de bienes delictivos, el Fiscal Provincial instará al Juez de la Investigación Preparatoria dicte la resolución autoritativa que corresponda. Salvo que requiera autorización jurisdiccional, el Fiscal Provincial estará encargado de la conducción de las labores de protección de víctimas y testigos.*
4. *Cuando fuera necesario, y el interés de la justicia lo exige, las autoridades nacionales que intervienen en un acto de cooperación estarán obligadas a preservar el secreto de las actuaciones en que intervengan. Con especial énfasis se entenderán secretas las di-*



ligencias en tanto ellas puedan afectar la seguridad e integridad corporal y psicológica de los investigados, de las víctimas, de los posibles testigos y de sus familiares.

Artículo 556. Consultas y acuerdos con la Corte Penal Internacional

1. *Si la ejecución de un acto de cooperación con la Corte Penal Internacional puede vulnerar una norma de orden público y un principio fundamental del derecho, el órgano que deba decidir su admisión y desarrollo, previamente, expresará mediante resolución o disposición consultiva –según se trata del Juez o del Fiscal, respectivamente– los motivos de la probable colisión y, reservadamente, las pondrá en conocimiento de la Fiscalía de la Nación.*
2. *La Fiscalía de la Nación realizará las consultas indispensables con la Corte Penal Internacional a fin de resolver la cuestión. A su finalización, la Fiscalía de la Nación se pronunciará, pudiendo fijar en coordinación con la Corte Penal Internacional el ámbito posible de la cooperación que se le daría a la misma, aclarar los puntos de cuestionamiento de la decisión fiscal o judicial o dictar cualquier otra recomendación que considere conveniente. Con esa respuesta, el Fiscal encargado o el Juez competente decidirán lo que considere arreglado a derecho, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.*
3. *Si la cooperación consiste en la presentación de documentos, informaciones o divulgación de pruebas que puedan poner en riesgo la seguridad nacional o se trate de secretos de Estado, se procederá conforme a los numerales anteriores. En este caso, la Fiscalía de la Nación coordinará con los Ministerios u Órganos del Estado involucrados e iniciará las consultas con la Corte Penal Internacional. Si la autoridad judicial acuerda que es imposible cumplir el acto de cooperación solicitado, comunicará su resolución a la Fiscalía de la Nación y ésta a la Corte Penal Internacional.*
4. *La Fiscalía de la Nación, en sus relaciones con la Corte Penal Internacional, informará de las normas de derecho interno y de los requisitos necesarios para el debido cumplimiento de los actos de cooperación solicitados.*

TÍTULO II

LA DETENCIÓN Y ENTREGA DE PERSONAS Y LA DETENCIÓN PROVISIONAL

Artículo 557. Recepción y trámite

1. *Una vez que la Fiscalía de la Nación reciba la solicitud de detención y entrega, con todos los documentos que hace referencia el*

artículo 91 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, remitirá las actuaciones al Juez de la Investigación Preliminar del lugar donde se encuentre el requerido, con conocimiento de la Sala Penal de la Corte Suprema.

- 2. El Juez de la Investigación Preparatoria, inmediatamente, expedirá mandato de detención.*
- 3. Producida la detención y puesto el extraditado a disposición judicial por la oficina local de la INTERPOL, el Juez de la Investigación Preparatoria, con citación del Fiscal Provincial y dando cuenta del hecho a la Fiscalía de la Nación, le tomará declaración, informándole previamente de los motivos de la detención y de los detalles de la solicitud de entrega, entregándole copia de la misma. Asimismo, le hará saber del derecho que tiene a nombrar abogado defensor o si no puede hacerlo de la designación de un abogado de oficio. El detenido, si así lo quiere, puede expresar lo que considere conveniente en orden al contenido de la solicitud de entrega, incluyendo el cuestionamiento de la identidad de quien es reclamado por la justicia internacional, o reservarse su respuesta para la audiencia de control de la entrega. Si el detenido no habla el castellano, se le nombrará un intérprete.*
- 4. Acto seguido, el Juez de la Investigación Preparatoria en un plazo no mayor de quince días, citará a una audiencia pública, con citación del requerido, su defensor, el Fiscal Provincial, el representante que nombre la Corte Penal Internacional y, de ser el caso, el representante que designe la embajada del país del que es nacional el detenido. Los intervinientes podrán presentar pruebas, cuestionar o apoyar las que aparezcan en el expediente de entrega, alegar la pertinencia o la impertinencia, formal o material, de la solicitud de entrega, o cuanto motivo a favor de sus pretensiones. La audiencia se inicia con la precisión de las causales de entrega, el detalle del contenido de la solicitud de entrega y la glosa de documentos y elementos de prueba que deben acompañarse al efecto. Luego el detenido, si así lo considera conveniente, declarará al respecto y se someterá al interrogatorio de los participantes. A continuación éstos alegarán por su orden y, finalmente, el imputado tendrá derecho a la última palabra. El expediente se elevará inmediatamente a la Sala Penal de la Corte Suprema, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación.*
- 5. La Sala Penal de la Corte Suprema, previo traslado de las actuaciones elevadas por el Juez de la Investigación Preparatoria al Fiscal Supremo y a los demás participantes personados, señalará fecha para la audiencia de entrega. La Audiencia se llevará a cabo con los*



que asistan, quienes por su orden informarán oralmente, empezando por el Fiscal y culminando por el abogado del requerido. Si éste concurre a la audiencia, lo hará en último lugar. La Corte Suprema emitirá resolución consultiva en el plazo de cinco días. Notificada la resolución y vencido el plazo de tres días se remitirá inmediatamente al Ministerio de Justicia.

6. *Si el detenido contestara la solicitud de entrega, alegando la ocurrencia de cosa juzgada, sin perjuicio de la continuación del trámite, el Juez de la Investigación Preparatoria formará cuaderno con copia certificada de lo actuado y lo elevará a la Fiscalía de la Nación, la cual inmediatamente consultará a la Corte Penal Internacional para que informe si hubo decisión de admisibilidad de la causa. El expediente principal, en el estado en que se encuentre, quedará suspendido hasta la respuesta de la Corte Penal Internacional. En este caso:*
 - a) *Si la causa fue admitida, la autoridad judicial dará curso al pedido de detención y entrega;*
 - b) *Si estuviese pendiente la decisión sobre la admisibilidad, la autoridad judicial podrá determinar la suspensión del procedimiento de entrega, a la espera de la decisión de la Corte Penal Internacional.*
7. *Si el Juez de la Investigación Preparatoria, en función al cuestionamiento del detenido, realizadas sumariamente las constataciones que correspondan, comprueba que no es la persona requerida por la justicia penal internacional, así lo declarará inmediatamente, sin perjuicio de ordenar la detención de la persona correcta y ponerla en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y de la Sala Penal de la Corte Suprema. Esta decisión, aún cuando se dictare antes de la audiencia, impedirá la prosecución del procedimiento. Contra ella procede recurso de apelación ante la Sala Penal Superior.*
8. *El requerido, en cualquier estado del procedimiento judicial, podrá dar su consentimiento libre y expreso a ser entregado a la Corte Penal Internacional. En este caso, el órgano jurisdiccional dará por concluido el procedimiento. La Sala Penal de la Corte Suprema, sin trámite alguno, dictará la resolución consultiva favorable a la entrega, remitiendo los actuados al Ministerio de Justicia para los fines de Ley.*

Artículo 558. Resolución Suprema y Ejecución

1. *La decisión sobre la entrega será mediante Resolución Suprema emitida por el Consejo de Ministros, que será puesta en conocimiento de la Fiscalía de la Nación y la Corte Penal Internacional por la vía diplomática. Si la resolución consultiva de la Corte Suprema es por la denegación de la entrega, así lo declarará el Poder Ejecutivo.*



En caso contrario, el Poder Ejecutivo puede dictar la decisión que corresponda. Si ésta es denegatoria de la entrega, la Fiscalía de la Nación comunicará el hecho a la INTERPOL.

2. *Decidida definitivamente la solicitud de entrega, la Corte Penal Internacional podrá dar curso a otra solicitud por el mismo hecho, si la denegación se fundó en defectos de forma.*
3. *La Corte Penal Internacional deberá efectuar el traslado del detenido en el plazo de treinta días, contados a partir de la comunicación oficial. La Fiscalía de la Nación, atento a la solicitud de la Corte Penal Internacional, cuando ésta se viera imposibilitada de realizar el traslado oportunamente, podrá conceder un plazo adicional de diez días. A su vencimiento, el detenido será puesto inmediatamente en libertad, y el Estado requirente no podrá reiterar la demanda de extradición.*
4. *La Corte Penal Internacional, si absuelve a la persona entregada, comunicará al Perú tal hecho y le enviará copia autenticada de la sentencia.*
5. *La Corte Penal Internacional solicitará al Perú la dispensa del numeral 1) del artículo 101 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Previamente celebrará consultas con la Fiscalía de la Nación. La solicitud de dispensa será cursada directamente a la Sala Penal de la Corte Suprema. Rige, en lo pertinente, el numeral 4) del artículo anterior y las demás normas siguientes.*

Artículo 559. Plazo de la detención y libertad provisional

1. *La detención, en ningún caso, puede exceder de noventa días. Vencido el plazo sin haber resuelto la solicitud de entrega, se dispondrá por la autoridad judicial su inmediata libertad, sin perjuicio de imponer las medidas restrictivas o de control que discrecionalmente se acuerden; asimismo, se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá su pasaporte.*
2. *El detenido puede solicitar libertad provisional ante el órgano jurisdiccional que, en ese momento, conozca de la solicitud de entrega. Presentada la solicitud, la autoridad judicial dará cuenta de la misma a la Fiscalía de la Nación, la que se comunicará con la Corte Penal Internacional para que dé las recomendaciones necesarias.*
3. *El órgano jurisdiccional, para resolver la solicitud de libertad provisional tendrá en consideración las recomendaciones de la Corte Penal Internacional. Ésta será concedida si se presentan circunstancias que la justifiquen y si existen garantías suficientes para la realización de la entrega. En este caso se dictará mandato de impedimento de salida del país y se retendrá el pasaporte del requerido,*

sin perjuicio de otras medidas de control que el Juez discrecionalmente acuerde para impedir la fuga y asegurar la realización de la entrega. Se seguirá, en lo pertinente, el trámite previsto para la cesación de la prisión preventiva.

Artículo 560. Detención provisional con fines de entrega

- 1. A solicitud de la Corte Penal Internacional, el Juez de la Investigación Preparatoria, cumplidos los requisitos que establece el artículo 92 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dictará mandato de detención provisional con fines de entrega.*
- 2. El detenido será puesto en libertad si la Fiscalía de la Nación no hubiese recibido la solicitud de entrega y los documentos que correspondan en el plazo de sesenta días de la fecha de detención.*
- 3. El detenido provisionalmente podrá consentir en su entrega antes de que transcurra el plazo estipulado en el numeral anterior. Rige, en lo pertinente, el numeral 6) del artículo 521.*
- 4. Ejecutada la detención provisional, el Juez de la Investigación Preparatoria oír a la persona detenida en el plazo de veinticuatro horas, y le designará abogado defensor de oficio, si aquél no designa uno de su confianza. La detención cesará si se comprobare que el detenido no es la persona reclamada.*
- 5. El detenido liberado porque no se presentó a tiempo la solicitud de entrega, puede ser nuevamente detenido, si la solicitud de entrega y los documentos que lo juzgan fuesen recibidos en una fecha posterior.*

Artículo 561. Concurrencia de solicitud de entrega y demanda de extradición

- 1. Habiendo concurrencia entre la solicitud de entrega y una demanda de extradición relativa a la misma conducta que constituya la base del crimen en razón del cual la Corte Penal Internacional ha pedido la entrega, la autoridad competente, con conocimiento de la Fiscalía de la Nación, notificará el hecho a la Corte Penal Internacional y al Estado requirente. La Fiscalía de la Nación establecerá las consultas correspondientes para una decisión en armonía con el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El resultado de su intervención será comunicado por escrito a la autoridad judicial.*
- 2. La demanda de extradición en trámite quedará pendiente hasta la decisión sobre la solicitud de entrega.*

3. *La solicitud de entrega prevalecerá sobre la demanda de extradición de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

TÍTULO III LOS DEMÁS ACTOS DE COOPERACIÓN

Artículo 562. Asistencia Judicial

1. *La Fiscalía de la Nación cursará a la autoridad que corresponda, de conformidad con el artículo 555, las solicitudes de cooperación de la Corte Penal Internacional establecidas en el literal b) del numeral 1) y en el primer extremo del numeral 2) del artículo 554.*
2. *El trámite que seguirán las solicitudes es el previsto, en lo pertinente, en los artículos 532 a 537.*
3. *El traslado provisional de un detenido a los fines de su identificación o de que preste testimonio o asistencia de otra índole, requerirá que el detenido preste su libre consentimiento, con el concurso de un abogado defensor, y que se asegure al trasladado no ser detenido o enjuiciado con base en la declaración que preste, salvo el caso de desacato o falso testimonio.*
4. *Si existen concurrencia entre solicitudes de asistencia judicial con otro país, la autoridad judicial inmediatamente dará cuenta a la Fiscalía de la Nación a fin que establezca las consultas con la Corte Penal Internacional y el Estado requirente, a fin de dar debido cumplimiento. El trámite se reanudará a las resultas de la comunicación que curse la Fiscalía de la Nación como consecuencia de las consultas entabladas al respecto. Se tendrá en consideración lo dispuesto en el numeral 9) del artículo 93 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*
5. *La solicitud de la Corte Penal Internacional que originara dificultades de ejecución, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 95 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, será comunicada por la autoridad a cargo de la misma a la Fiscalía de la Nación a fin de que inicie consultas con la Corte Penal Internacional, en los siguientes casos:*
 - a) *Si la información fuese insuficiente para la ejecución de la solicitud;*
 - b) *Si fuere imposible ubicar a la persona buscada, dentro de la solicitud de entrega;*
 - c) *Si la ejecución de la solicitud, conforme a sus propios términos, estuviere en aparente conflicto con una obligación asumida por el Perú con otro Estado, por medio de un Tratado.*

6. *En caso que la ejecución de una solicitud de asistencia interfiera una investigación o enjuiciamiento en curso de un hecho distinto del que es materia de la solicitud de la Corte Penal Internacional, podrá aplazarse la ejecución por el tiempo que se acuerde con la Corte Penal Internacional. En todo caso, la autoridad judicial, luego de declarar la presencia de una interferencia, dará cuenta a la Fiscalía de la Nación, a fin de que inicie consultas con la Corte para determinar, alternativamente, el plazo del aplazamiento, la ejecución de la solicitud bajo ciertas condiciones o, en su caso, para acordar medidas de protección de pruebas o de testigos, durante el lapso del aplazamiento.*

Artículo 563. Cooperación con el Fiscal de la Corte Penal Internacional

1. *El Fiscal de la Corte Penal Internacional, de conformidad con el artículo 54 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, podrá solicitar los actos de cooperación previstos en el artículo anterior, que se tramitarán y ejecutarán conforme a las reglas establecidas en dicha norma. En todo caso, antes de solicitar formalmente el acto de coordinación consultará con la Fiscalía de la Nación, a fin de establecer las condiciones de operatividad y eficacia de la solicitud que pretenda.*
2. *El Fiscal de la Corte Penal Internacional podrá realizar en territorio nacional las diligencias de investigación que considere conveniente y se encuentren autorizadas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. A este efecto, cursará la solicitud de cooperación a la Fiscalía de la Nación, la cual previas coordinaciones con aquella, la derivará al Juez de la Investigación Preparatoria del lugar donde debe realizarse la diligencia, la cual previo traslado al Fiscal y a los interesados debidamente personados, decidirá luego de la vista de la causa en el plazo de cinco días. La decisión es recurrible con efecto suspensivo ante la Sala Penal Superior. Rige lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 532.*
3. *Si se acepta la solicitud de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, en tanto se cumplan los presupuestos y las condiciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, su ejecución está condicionada a que no se afecten derechos y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico peruano. En caso afirmativo, prestará a la autoridad extranjera el auxilio que requiere para el cumplimiento de dichas diligencias. El Ministerio Público será citado y participará activamente en el procedimiento de ejecución.*

Artículo 564. Restricciones a la divulgación y gastos

1. *Se aplican a todas las solicitudes de cooperación las restricciones previstas para impedir la divulgación de información confidencial relacionada con la defensa o la seguridad nacional.*
2. *Los gastos ordinarios que se deriven del cumplimiento de las solicitudes de cooperación corren por cuenta del Estado peruano, con las excepciones estipuladas en el artículo 100 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

**TÍTULO IV
LA EJECUCIÓN DE LA PENA**

Artículo 565. Cumplimiento de penas impuestas a nacionales

1. *El Estado Peruano podrá manifestar a la Corte Penal Internacional su disposición para recibir condenados de nacionalidad peruana. Esta decisión requiere informe favorable de la Fiscalía de la Nación y Resolución Suprema del Sector Justicia con aprobación del Consejo de Ministros.*
2. *El Estado Peruano iniciará consultas con la Corte Penal Internacional para determinar el ámbito de la ejecución de las penas y la aplicación del régimen jurídico de su aplicación, así como las bases de la supervisión que compete a la Corte Penal Internacional.*

Artículo 566. Ejecución de las penas

1. *Si la pena es privativa de libertad, la Fiscalía de la Nación en coordinación con el Ministerio de Justicia, comunicarán a la Corte Penal Internacional el establecimiento penal de cumplimiento de la pena. Se acompañará copia autenticada de la sentencia.*
2. *La ejecución de la pena privativa de libertad dependerá del Acuerdo expreso a que llegue el Estado Peruano con la Corte Penal Internacional. La pena no puede ser modificada por la jurisdicción peruana. Todo pedido de revisión, unificación de penas, beneficios penitenciarios, traslado para la detención en otro país y otros incidentes de ejecución, así como los recursos, son de competencia exclusiva de la Corte Penal Internacional. El interno podrá dirigir los pedidos a la Fiscalía de la Nación, órgano que los trasladará inmediatamente a la Corte Penal Internacional.*
3. *Las autoridades nacionales permitirán la libre y confidencial comunicación del sentenciado con la Corte Penal Internacional.*

4. *Las penas de multa y el decomiso de bienes impuestos por la Corte Penal Internacional podrán ser ejecutadas por la jurisdicción nacional. Rige, en lo pertinente, el artículo 547.*
5. *En caso de evasión del condenado, se dará cuenta a la Corte Penal Internacional a través de la Fiscalía de la Nación, que iniciará consultas para proceder con arreglo al artículo 111 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS
DISPOSICIONES FINALES**

CONCORDANCIAS: D.S. N° 004-2011-JUS (Modifican el Calendario Oficial de Aplicación Progresiva del Código Procesal Penal)

Primera. Vigencia del Código Procesal Penal

1. *El Código Procesal Penal entrará en vigencia progresivamente en los diferentes Distritos Judiciales según un Calendario Oficial, aprobado por Decreto Supremo, dictado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo que establecerá las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal.*

CONCORDANCIAS: R. N° 034-2006-MP-FN-JFS

2. *El día 1 de julio de 2006 se pondrá en vigencia este Código en el Distrito Judicial designado por la Comisión Especial de Implementación creada por el Decreto Legislativo N° 958. El Distrito Judicial de Lima será el Distrito Judicial que culminará la aplicación progresiva de este Código.^(*)*

() Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28671, publicada el 31-01-2006.*

3. *El mencionado Decreto Legislativo establecerá, asimismo, las disposiciones transitorias y las referidas al tratamiento de los procesos seguidos con arreglo a la legislación anterior.*
4. *No obstante lo dispuesto en el numeral 2, 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, excepto las contenidas en los numerales 5, 6 y 7 de la Segunda Disposición Modificatoria, que entrarán en vigencia el 1 de julio de 2006.*

Asimismo, entra en vigencia el Código Procesal Penal para los delitos tipificados en las secciones II, III y IV, del artículo 382 al artículo 401, del capítulo II, del título XVIII del libro II del Código Penal, de acuerdo a lo siguiente:

- a) *En el Distrito Judicial de Lima, el 15 de enero de 2011.*

- b) *En los Distritos Judiciales de Lima Norte, Lima Sur y Callao, el 1 de abril de 2011.*
- c) *En los demás distritos judiciales en los que el Código Procesal Penal aún no ha entrado en vigencia integralmente, el 1 de junio de 2011.^(*)^(**)*

() Segundo párrafo modificado por el artículo 2 de la Ley N° 29648, publicada el 01-01-2011.*

*(**) Inciso modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28671, publicada el 31-01-2006.*

5. *Las normas que establecen plazos para las medidas de prisión preventiva y detención domiciliaria entrarán en vigencia en todo el país el día 1 de febrero de 2006. Para estos efectos, y a fin de definir en concreto el plazo razonable de duración de las indicadas medidas coercitivas, el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de los plazos máximos fijados en este Código, deberá tomar en consideración, proporcionalmente: a) la subsistencia de los presupuestos materiales de la medida; b) la complejidad e implicancias del proceso en orden al esclarecimiento de los hechos investigados; c) la naturaleza y gravedad del delito imputado; d) la actividad desarrollada por el órgano jurisdiccional; y, e) la conducta procesal del imputado y el tiempo efectivo de privación de libertad.^(*)*

() Inciso derogado por el artículo 7 de la Ley N° 28671, publicada el 31-01-2006.*

6. *Los artículos 259 y 260 entran en vigencia en todo el país el 1 de julio de 2009.^(*)*

() Inciso incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29372, publicada el 09-06-2009.*

Segunda. Normas generales de aplicación

1. *Al entrar en vigencia este Código según las provisiones de la Disposición anterior, los procesos en trámite se regirán por las normas que se establezcan en las normas complementarias y de implementación de este cuerpo normativo.*
2. *En todo caso, salvo disposición expresa en contrario, continuarán rigiéndose por la norma procesal anterior las reglas de competencia, los recursos impugnatorios interpuestos, los actos procesales que se encuentren en vía de ejecución, y los plazos que hubieran empezado a computarse.*

Tercera. Vigencia de requisitos de procedibilidad

Siguen vigentes las disposiciones legales que consagran requisitos de procedibilidad o imponen autorizaciones o informes previos de órganos públicos para disponer la formalización de la investigación preparatoria.

Cuarta. Normas Reglamentarias

1. *El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, reglamentará los alcances del proceso por colaboración eficaz previsto en la Sección VI del Libro Quinto "Los procesos especiales" de este Código. Asimismo, hará lo propio respecto de las medidas de protección, prevista en el Título V de la Sección II "La Prueba" del Libro Segundo "La actividad procesal".*
2. *Los órganos de Gobierno del Poder Judicial y del Ministerio Público, asimismo, dictarán las normas reglamentarias que prevé este Código en el plazo y mediando las coordinaciones que establecerán las normas complementarias y de implementación del Código Procesal Penal.*

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS Y DEROGATORIAS

Primera. Control del Ministerio Público de los bienes incautados

1. *Corresponde al Ministerio Público la supervisión de los organismos que por Ley se han creado o habilitado para el depósito, administración y disposición durante el proceso de bienes incautados.*
2. *El Fiscal de la Nación dictará las normas reglamentarias que hagan efectiva la supervisión de dichas entidades por el Ministerio Público.*

CONCORDANCIAS: R. N° 728-2006-MP-FN (Reglamento de Supervisión de Organismos de Bienes Incautados)

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)

Segunda. Modificaciones de normas procesales

Los artículos de las normas que a continuación se señalan, quedan re-dactados según el tenor siguiente:

1. *"Artículo 11, Ley N° 23506. Responsabilidad y sanciones al agresor*
 1. *Si al concluir los procesos de Hábeas Corpus y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión y aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública, se dispondrá se remita copia certificada de lo actuado al Ministerio Público para que proceda con arreglo a sus atribuciones.*
 2. *El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad penal a que hubiera lugar. Si el responsable de la vulneración fuera una de las personas comprendidas en el artículo 99 de la Constitución se dará cuenta inmediata al Congreso para los fines consiguientes".^(*)*

- (*) *Numeral derogado por el artículo único de la Ley N° 28395, publicada el 23-11-2004.*
2. **“Artículo 4, Decreto Supremo N° 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar). La Denuncia Policial.**
 1. *La Policía Nacional, en todas sus delegaciones, recibirá las denuncias por violencia familiar y, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Procesal Penal, realizará las investigaciones que correspondan, bajo la conducción del Ministerio Público, y practicará las notificaciones a que hubiere lugar.*
 2. *Las denuncias podrán ser formuladas por la víctima o cualquier persona que conozca de estos hechos y podrán ser presentadas en forma verbal o escrita”.*
 3. **“Artículo 6, Decreto Supremo N° 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar). La Investigación Preliminar Policial.**
 1. *La investigación preliminar policial se sigue de oficio, independientemente del denunciante, bajo la conducción del Ministerio Público.*
 2. *La Policía Nacional, a solicitud de la víctima, con conocimiento del Ministerio Público brindará las garantías necesarias en resguardo de su integridad”.*
 4. **“Artículo 8, Decreto Supremo N° 006-97-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar). El Informe Policial.**
 1. *El Informe Policial será remitido, según corresponda, al Juez de Paz o al Fiscal Provincial en lo Penal o al Fiscal de Familia, para ejercer las atribuciones que le señala la presente ley.*
 2. *La parte interesada podrá igualmente pedir copia del Informe Policial para los efectos que considere pertinente o solicitar su remisión al juzgado que conociera de un proceso sobre la materia o vinculado a ésta”.*
 5. **“Artículo 7, Decreto Legislativo N° 813. Requisito de procedibilidad.**
 1. *El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, dispondrá la formalización de la Investigación Preparatoria previo informe motivado del Órgano Administrador del Tributo.*
 2. *Las Diligencias Preliminares y, cuando lo considere necesario el Juez o el Fiscal en su caso, los demás actos de la Instrucción o Investigación Preparatoria, deben contar con la participación especializada del Órgano Administrador del Tributo”.*



6. **“Artículo 8, Decreto Legislativo N° 813. Investigación y promoción de la acción penal.**
 1. **El Órgano Administrador del Tributo cuando, en el curso de sus actuaciones administrativas, considere que existen indicios de la comisión de un delito tributario, inmediatamente lo comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar con el procedimiento que corresponda.**
 2. **El Fiscal, recibida la comunicación, en coordinación con el Órgano Administrador del Tributo, dispondrá lo conveniente. En todo caso, podrá ordenar la ejecución de determinadas diligencias a la Administración o realizarlas por sí mismo. En cualquier momento, podrá ordenar al Órgano Administrador del Tributo le remita las actuaciones en el estado en que se encuentran y realizar por sí mismo o por la Policía las demás investigaciones a que hubiere lugar”.**
7. **“Artículo 19, Ley N° 28008. Competencia del Ministerio Público.**

Los delitos aduaneros son perseguibles de oficio. Cuando en el curso de sus actuaciones la Administración Aduanera considere que existen indicios de la comisión de un delito, inmediatamente comunicará al Ministerio Público, sin perjuicio de continuar el procedimiento que corresponda”.
8. **“Artículo 19, Decreto Legislativo N° 701.**

El ejercicio de la acción penal es de oficio. Cuando la Comisión estimara que se ha infringido el artículo 232 del C.P. pondrá tal hecho en conocimiento del Ministerio Público”.

Tercera. Disposición Derogatoria

Quedan derogados:

1. **El Código de Procedimientos Penales, promulgado por Ley N° 9024 y las demás normas ampliatorias y modificatorias.**
2. **El Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 638, y las demás normas ampliatorias y modificatorias.**
3. **Todas las leyes y disposiciones que se opongan a la presente ley.**

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 Chacra Rios Sur, Cercado de Lima.